Die Beitragspflicht des Gesellschafters und die Folgen ihrer Nichterfüllung in den Personengesellschaften des Schweizerischen Obligationenrechtes

INAUGURAL-DISSERTATION VON

FELIX TSCHUDI

Die Beitragspflicht des Gesellschafters und die Folgen ihrer Nichterfüllung in den Personengesellschaften des Schweizerischen Obligationenrechtes

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines Doktor iuris der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von
FELIX TSCHUDI
von Glarus

BUCHDRUCKEREI DER NEUEN ZÜRCHER ZEITUNG · ZÜRICH 1956

Die Fakultät hat diese Arbeit am 8. Dezember 1955 auf Antrag von Prof. Dr. Werner von Steiger als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Einband aus WEIDMANN Presspan

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis VIII
Abkürzungsverzeichnis XIV
Vorwort 1

Erster Teil: Entstehung und Wesen der Beitragspflicht

1. Kapitel GRUNDLAGEN 5

§ 1 Begriff des Beitrages 5
I. Umschreibung 5
II. Abgrenzungen 8
III. Einlagen 11
IV. Gemeinschafts- und Individualsphäre 12
1. Aeltere Lehren 13
2. Neuere Lehren 14

§ 2 Die Beitragspflicht 16
I. Allgemeines 17
II. Der Illationsvertrag 20
III. Die gesetzliche Ordnung 25

2. Kapitel DER BEITRAG ALS VERÄUSSERUNGS-LEISTUNG 27

§ 3 Barleistungen 27

§ 4 Sachleistungen 28
I. Allgemeines 28

1. Voraussetzungen der Einbringung einer Sacheinlage . 28
2. Formen der Sacheinlage 31
II. Die gesellschaftliche Gesamthand 32
III. Der Vollzug der Einbringung 36
1. Uebertragung von Grundstücken zu Gesamteigentum . 36
2. Uebertragung von Fahrnis zu Gesamteigentum . . . 39
3. Uebertragung von Sachen zu Miteigentum 40
4. Ueberlassung des Verfügungsrechtes 42
5. Die Einbringung von Forderungen 43
6. Einbringung eines Geschäftes 44
7. Einbringung von Immaterialgüterrechten 46
IV. Bewertungsfragen 47

3. Kapitel GEBRAUCHSLEISTUNGEN 51

§ 5 Nutzungs- und Gebrauchsrechte 51
I. Grundsätzliches 51
II. Wirkungen 53
III. Insbesondere Gewährleistungspflichten 54

§ 6 Nutznießung an Forderungen, Wertpapieren, Vermögen 56

§ 7 Nutzung eines Patents 60

§ 8 Arbeitsleistungen und andere positive Leistungen 63
I. Auslegung des Illationsvertrages 63
II. Arten von Arbeitsleistungen 64
III. Andere positive Leistungen 67

4. Kapitel ENTHALTUNGSLEISTUNGEN 70

§ 9 Konkurrenzenthaltungspflichten 70

§ 10 Andere Enthaltungsleistungen 72

Zweiter Teil:

Die Folgen der Nichterfüllung der Beitragspflicht

1. Kapitel VORAUSSETZUNGEN DER RICHTIGEN ERFÜLLUNG 77

§ 11 In persönlicher Beziehung 77

§ 12 In sachlicher Beziehung 79

§ 13 In örtlicher und zeitlicher Beziehung 81
I. Oertlich 81
II. Zeitlich 82

2. Kapitel DIE RECHTSZUSTÄNDIGKEIT 84

§ 14 Die Theorien 84
I. Ausgangspunkt 84
II. Sozietätstheorie 85
III. Gesamthandtheorie 86
IV. Kompromißtheorie 87
V. Stellungnahme im Hinblick auf die Beitragspflicht . . 92

3. Kapitel UNMÖGLICHKEIT DER ERFÜLLUNG . . . 97

§ 15 Die gesetzliche Regelung 97

§ 16 Die unverschuldete Unmöglichkeit 98
I. Ursprüngliche 98
II. Nachfolgende 100
III. Die Einwirkung auf die Gegenleistung 104
1. Bei Sachleistungen 104
2. Bei Gebrauchsleistungen 107
3. Bei Arbeitsleistungen 110

§ 17 Die verschuldete Unmöglichkeit 111

4. Kapitel VERZUG IN DER ERFÜLLUNG 113

§ 18 Vorbemerkungen 113

§ 19 Nichterfüllung wegen Gläubigerverzuges . . . 115
I. Der Leistungsempfänger 115
II. Besteht eine Annahmepflicht des Gläubigers? 116
III. Voraussetzungen 118
IV. Folgen 121
1. Schadenersatz nach Art. 106 OR 121
2. Die eigentlichen Gläubigerverzugsfolgen 122

§ 20 Schuldnerverzug 127
I. Voraussetzungen 127
II. Verzugswirkungen 129
1. Gemäß Art. 103—106 OR 129
2. Die Anwendbarkeit von Art. 107 OR 130

5. Kapitel SONDERTATBESTÄNDE 143

§ 21 Mangelhafte Erfüllung 143

§ 22 Die Beitragspflicht im Stadium der Auflösung . . 147

6. Kapitel DIE EINREDE DES NICHT ERFÜLLTEN ODER NICHT ERFÜLLBAREN VERTRAGS . 151

§ 23 Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages 151
I. Eigenart 151
II. Bejahung und Verneinung der Zulässigkeit 153
III. Eigene Stellungnahme, insbesondere bei Klagen auf Beitragsleistung 155
1. Klage der Gesellschaft 155
2. Klage eines Mitgesellschafters 157

§ 24 Die Einrede des nicht erfüllbaren Vertrages 158

7. Kapitel DIE AUSGESTALTUNG DES GESELLSCHAFTSVERTRAGES . . . 160

§ 25 Die Beitragsordnung 160

§ 26 Sicherungen, Sanktionen und Anpassungsbestimmungen 165

I. Konventionalstrafe 165
II. Stimmrechtsnachteile 167
III. Entzug oder Beschränkung der Geschäftsführung . . . 168
IV. Entzug oder Beschränkung der Vertretungsmacht . . . 170
V. Verzinsung und Gewinnbeteiligung 171
VI. Kaduzierung? 172
VII. Anpassung an die mangelhafte Beitragsleistung . . . 177

§ 27 Sonstige Vertragsbestimmungen 180

I. Austrittsordnung 180
II. Schiedsgericht 182

Schlußwort 184

LITERATURVERZEICHNIS

Vorbemerkung: Dieses Verzeichnis wird der bessern Uebersicht halber aufgeteilt in A) Allgemeine Literatur und B) Spezialliteratur.

Weitere Literaturangaben befinden sich im Text.

A) ALLGEMEINE LITERATUR

Becker, H.
Komm. zum ZGB
Bd. VI, 1. Teil: Das Obligationenrecht, Art. 1—183 — Bern, 1941
Bd. VI, 2. Teil: Das Obligationenrecht, Art. 184—551 — Bern, 1934

Benz, W.
Die Treupflicht des Gesellschafters — Diss. Zürich, 1947

Buser, P.
Die Anwendbarkeit der allg. Bestimmungen über die Verträge auf die einfache Gesellschaft im Obligationenrecht — Diss. Freiburg, 1935

Düringer-Hachenburg
Das Handelsgesetzbuch (v. 10. V. 1897)
II. Bd., 1. Hälfte (zit. II/1)
Allg. Einleitung: Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts (erläutert von Dr. K. Geiler) — Mannheim, 1932

Düringer-Hachenburg
Das Handelsgesetzbuch (v. 10. V. 1897)
II. Bd., 2. Hälfte (zit. II/2)
§§ 105—177, 335—342
(erläutert von Dr. J. Flechtheim) — Mannheim, 1932

Egger
Komm. zum ZGB
Bd. I: Das Personenrecht — Zürich, 1930

Enneccerus, L. — Lehmann, Hch.
Das BGB
Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse (14. Aufl.) — Tübingen, 1954

Escarra, J.; Escarra, E.; Rault, J.
Traité théorique et pratique de Droit Commercial: Les Sociétés Commerciales (Tome Premier) — Paris, 1950

Flachsmann, W.
Die Auswirkung von Vorgängen bei der Gesellschaft auf die Vermögensverschiebung und deren grundbuchliche Behandlung — Diss. Zürich, 1929

v. Gierke, J.
Handels- und Schiffahrtsrecht (6. Aufl.) — Berlin, 1949

Gierke, O.
Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (zit. Gierke — Gen.theorie) — Berlin, 1887

Gloor, M.
Der Treuegedanke im Recht der Handelsgesellschaften — Diss. Zürich, 1943

Guhl, Th.
Das Schweiz. Obligationenrecht — Zürich, 1948

Guhl, Th.
Gesamthandverhältnisse und deren grundbuchliche Behandlung in ZBJV Bd. 53, p. 1 ff.
(zit. Guhl, ZBJV 53)

Gyr, M.
Willensmängel im Gesellschaftsrecht — Diss. Bern, 1936

Gysin, A.
Ergebnisse und Erfordernisse der Revision des Genossenschaftsrechts in ZSR Bd. 49, p. 317 ff.

Haab, R.
Komm. ZGB
Bd. IV Das Sachenrecht — Zürich, 1930 ff.

Haab, R.
«Einige Fragen aus dem Grundbuchrecht»
in ZBJV Bd. 61, p. 297 ff.

Hartmann, W.
Kommentar zum ZGB, Das Obligationenrecht Bd. VII, 1. Abt., Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften — Bern, 1943

Homberger, A.
Komm. z. ZGB
Bd. IV Das Sachenrecht, 3. Abt. Besitz und Grundbuch (Art. 919—977) 2. Aufl. v. C. Wieland — Zürich, 1938

Hueck, A.
Das Gesellschaftsrecht (zit. Hueck — Ges.Recht) — München, 1948

Hueck, A.
Das Recht der offenen Handelsgesellschaft — Berlin, 1951

Knoke, P.
Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB — Jena, 1901

Laband
Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften
(Sep.-Abdruck aus ZHR Bd. 31) Stuttgart, 1885

Leemann, H.
Komm. zum ZGB
Bd. IV, Teil 1, Sachenrecht
ZGB 641—729 Bern, 1920
Bd. IV, Teil 2, Sachenrecht
ZGB 730—918 Bern, 1925

Oertmann, P.
Komm. zum BGB
Recht der Schuldverhältnisse Berlin, 1928

Oser, H. (und *Schönenberger, W.*)
Komm. zum ZGB
Bd. V Das Obligationenrecht
1. Hbd.: Art. 1—183 Zürich, 1929
2. Hbd.: Art. 184—418 Zürich, 1936

Planck, M.
Komm. zum BGB
Bd. II Recht der Schuldverhältnisse
Teil 2 Bes. Teil (zit. Planck) Berlin, 1928

Planiol-Ripert
Traité Elémentaire de Droit Civil
Bd. II Obligations-Contrats Paris, 1952

RGR-Kommentar
zum BGB
Bd. II Recht der Schuldverhältnisse
(Einz. Schuldverh.)
(zit. RGR-Komm. z. BGB) Berlin, 1953

Schmidt, W.
in: Sammlung der noch wichtigen RGZ, nach Fachgebieten geordnet. Gruppe III: Handelsrecht, Handelsgesellschaften Teil 3: OHG und Kommanditges. Berlin, 1953

Siegwart, A.
Kommentar zum ZGB, Das Obligationenrecht, Bd. V,
4. Abt.: Die Personengesellschaften Zürich, 1938

Staub, H.
Komm. zum HGB
Bd. I: §§ 1—177 HGB
§§ 1—104 bearb. v. F. Bondi
§§ 105—177 bearb. v. A. Pinner
(zit. Staub-Pinner), 14. Aufl. Berlin, 1932

Staudinger, J. v.
Komm. zum BGB
Bd. II Einzelne Schuldverhältnisse Teil 3, Titel 14: Gesellschaft (erläutert von K. Geiler)
(zit. Staudinger-Geiler) — Berlin, 1944

Treadwell, G.
Die Geschäftsübernahme — Diss. Zürich, 1913

v. Tuhr, A. (-Siegwart)
Allg. Teil des Obligationenrechts
Hbd. I: §§ 1—54 (p. 1—436) — Zürich, 1942
Hbd. II: §§ 55—99 (p. 437 ff.) — Zürich, 1944
(zit. v. Tuhr, Hbd. I bzw. Hbd. II)

Weipert, O.
Komm. z. Handelsgesetzbuch (Bd. II: §§ 105—177, §§ 335—342 HGB) — Berlin, 1951
(zit. Weipert in RG-Komm. z. HGB)

Wieland, C.
Handelsrecht
Bd. I Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften — München, 1921

Wieland, C.
Festgabe für C. W. — Basel, 1934
zit. Beiträge:
Fehr, H. Das dynamische Element im künftigen schweiz. Handelsrecht;
Siegwart, A. Die Stellungnahme der schweiz. Gerichte zum Problem der jur. Persönlichkeit der Koll.-Ges. und ihre Rückwirkung auf den Inhalt d. Entscheide;
Wieland, A. Willensmängel beim Beitritt zu einer Handelsgesellschaft

B) SPEZIALLITERATUR

Aeberhard, M.
Rechtsnatur und Ausgestaltung der Patentlizenz im deutschen, französischen und schweiz. Recht — Diss. Bern, 1952

v. Arx, K.
Die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft — Diss. Zürich, 1948

Bachmann, W.
Die Sozialansprüche bei der Personalhandelsgesellschaft — (Masch.) Diss. Halle, 1950

Bischoff, C. E. (Masch.)
Die Haftung des Kommanditärs Diss. Basel, 1943
Closs, W.
Die Doppelnatur der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Diss. Göttingen, 1935
Deermann, H. B.
Nachträgliche Unmöglichkeit, Verzug und Schlechterfüllung von Beitragsleistungen an Personalgesellschaften (Masch.) Diss. Köln, 1948
Durrer, R.
Der Schutz des Gesellschafters gegen Zweckänderungen Diss. Bern, 1955
Engelskirchen, W.
Die OHG auf mangelhafter Vertragsgrundlage und das Recht auf Beitragsverweigerung und Rückgewähr der Einlagen (Masch.) Diss. Köln, 1951
Fraefel, J.
Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde Diss. Zürich, 1930
Giger, M.
Die Einbringung eines Geschäftes in eine Kollektivgesellschaft Diss. Freiburg, 1940
Gysler, P.
Notwendige Streitgenossenschaft bei der einfachen Gesellschaft (Masch.) Diss. Basel, 1926
Haas, W. (Masch.)
Die Unterbeteiligung Diss. Basel, 1952
Iklé, M.
Die Geschäftsführungsbefugnis des einfachen Gesellschafters Diss. Zürich, 1926
Job, H.
Ansprüche unter Kollektivgesellschaftern Diss. Zürich, 1952
Lemp, P.
Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges Diss. Bern, 1939
Levy, W.
Entstehung, Erfüllung und Nichterfüllung des Gesellschaftsvertrages nach den allgem. Bestimmungen des Obligationenrechts Diss. Freiburg, 1934
Mangold, Th.
Die Verjährung der Haftung des Kollektivgesellschafters Diss. Zürich, 1947
Mayer, E.
Die Nachschußpflicht im schweiz. Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften Diss. Zürich, 1944

Müller, A.
Die Haftungsverhältnisse bei der einfachen Gesellschaft — Diss. Bern, 1938
Potthoff, E. (und *Zintzen, H.*)
Die Gesellschaftsverträge der Personalgesellschaften — Köln, 1953
Rosenberg, C.
Das Ausscheiden aus Handelsgesellschaften aus wichtigem Grund — Diss. Bern, 1941
Rupprecht, F.
Der Erwerb von Rechten und die Begründung von Pflichten bei der einfachen Gesellschaft — (Masch.) Diss. Basel, 1947
Schmidlin, Th.
Untersuchungen über ausgewählte Auflösungsgründe der einfachen Gesellschaft — Diss. Bern, 1948
Schumann, H.
Handelsrecht, Teil 2, Handelsgesellschaften — Wiesbaden, 1950
Simon, Th.
Die Haftung des Kommanditärs für Schulden der Kommanditgesellschaft — (Masch.) Diss. Basel, 1928
Strauss, S.
Die patentrechtliche Lizenz — Diss. Zürich, 1929
Vogelsang, A. E.
Essai d'une étude dogmatique de la Société simple en droit Suisse — Diss. Lausanne, 193
Von der Weid, E.
Le droit aux intérêts des apports — Diss. Freiburg, 1925
Wespi, C.
Die stille Gesellschaft im schweiz. Recht — Diss. Zürich, 1930
Wiki, H.
Uebernahme und Fortsetzung des Geschäftes einer Kollektivgesellschaft durch einen Gesellschafter — Diss. Bern, 1956

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Oesterreich v. 1. Juni 1811
AG	Die schweiz. Aktiengesellschaft (Zürich, 1934 ff.)
Anm.	Anmerkung
Archiv	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen, 1818 ff.)
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich v. 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung (Lausanne, 1875 ff.)
BGHZ	Entscheidungen des (Deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Köln/Berlin, 1951 ff.)
Bl.f.ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich, 1902 ff.)
Bl.HE	Schweizerische Blätter für handelsgerichtliche Entscheidungen (Zürich, 1882 ff.)
CC	Code civil Français vom 21. März 1804
ders.	derselbe
GVO	Verordnung des Bundesrates betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910
Hbd.	Halbband
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich v. 10. Mai 1897
HRVo	Verordnung über das Handelsregister v. 7. Juni 1937
JD	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Jena, 1852 ff.)
Komm.ZGB	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
Masch.	(in) Maschinenschrift
N.	Note (auch im Sinne von Fußnote)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/ 18. Dezember 1936
PGR	Personen- und Gesellschaftsrecht für das Fürstentum Liechtenstein vom 22. Jänner 1926
Protokoll	Protokoll der großen Expertenkommission zum III. Entwurf des rev. OR (Bern, 1928)
RG-Komm.	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts (Berlin, 1940 ff.)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Berlin, 1880 ff.)
ROHG	Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts (Erlangen)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs v. 11. April 1889
Sem.Jud.	La Semaine Judiciaire (Genève, 1879 ff.)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich, 1905 ff.)
Sten.Bull.	Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung

StR	Ständerat
VAargR	Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung, herausgegeben vom Obergericht des Kt. Aargau, 1901 ff.
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil, 1920 ff.)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern, 1864 ff.)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Erlangen, 1858 ff.)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel, 1882 ff.)

VORWORT

Die Regeln über die Beitragspflicht bei den Personengesellschaften sowie über die Leistungsstörungen und ihre Folgen sind in unserem Gesellschaftsrecht sehr knapp und lassen eine Reihe von Fragen unbeantwortet.

Das ist insofern zu bedauern, als die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes auf die Personengesellschaften, die sich von den andern obligatorischen Vertragstypen wesentlich unterscheiden, nicht unbesehen angewendet werden dürfen; Innen- und Außenverhältnis der Personengesellschaften bieten verschiedene Aspekte. Im Innenverhältnis besteht eine Einzel- und eine Gemeinschaftssphäre; es kommen daneben auch gemischt sozial- und individualrechtliche Beziehungen vor. Bei der vertraglichen Beitragspflicht mischen sich oft beide, so daß es schwer wird, die eine Komponente von der andern abzugrenzen.

Auch die mangelnde Systematik des Gesetzes macht sich nachteilig bemerkbar. Die einfache Gesellschaft ist unter den «einzelnen Vertragsverhältnissen» eingereiht, obschon sie die Grundform der Personengesellschaften bildet; die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sind in der dritten Abteilung unter «Handelsgesellschaften und die Genossenschaft» eingereiht, obschon sie ihrem Wesen und ihrer Struktur nach mit der einfachen Gesellschaft eng zusammenhängen. Anderseits weisen die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft mit der Aktien- und Kommanditaktiengesellschaft kaum gemeinsame Merkmale auf, eher schon mit der GmbH und der Genossenschaft.

Das Fehlen der juristischen Persönlichkeit bei den Personalgesellschaften * wirft die Frage auf, wer — besonders in innergesellschaftlichen Verhältnissen — Träger der Berechtigungen und Verpflichtungen ist. Soweit es zu gerichtlichen Klagen kommt, fragt es sich — speziell bei der einfachen Gesellschaft — wie es mit der Partei- und Prozeßfähigkeit steht; bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft wirft sich die Frage auf, ob sie auch ihren Gesellschaftern gegenüber unter ihrer Firma auftreten können.

Mit allen diesen Fragen hat man sich auf Schritt und Tritt auch bei der Behandlung der Beitragspflicht und besonders der Leistungsstörungen auseinanderzusetzen. Die ganze Klaviatur der personengesellschaftlichen Probleme spielt bei diesen Auseinandersetzungen mit. Einen Versuch ihrer Lösung bilden die folgenden Darlegungen.

* Wenn auch in der schweizerischen Literatur mehrheitlich die Ansicht vertreten ist, der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft komme die Rechtspersönlichkeit nicht zu, so wird heute doch eher das allen Handelsgesellschaften Gemeinsame — im Gegensatz zu der früher scharf gehandhabten Unterteilung in Gesellschaften mit und ohne Rechtspersönlichkeit — hervorgehoben. Vgl. hiezu: Siegwart, Vorbem. zu Art. 552 N. 3; Egger, Vorbem. zu Art. 52 N. 17; Mangold, p. 11.

ERSTER TEIL

ENTSTEHUNG UND WESEN DER BEITRAGSPFLICHT

1. KAPITEL

GRUNDLAGEN

§ 1 BEGRIFF DES BEITRAGES

I. UMSCHREIBUNG

Je nachdem, welchen Zweck die Gesellschaft verfolgt, werden auch Art und Umfang der Beiträge verschieden sein. So kann die Gesellschaft vorwiegend *Kapitalgemeinschaft* sein, wenn sich die Leistungspflicht der Gesellschafter im wesentlichen in Kapitalleistungen erschöpft und engere persönliche Beziehungen nicht entstehen. Sie kann eine *Arbeitsgemeinschaft* sein, wenn die persönliche Leistungsintensität der Teilhaber ihr vorwiegendes Merkmal ist. Für eine *Unternehmungsgesellschaft* [1] ist charakteristisch, daß das Kapitalrisiko und das Erfolgsrisiko sowie in der Regel auch die Unternehmungsleitung auf mehrere (der Zahl nach beschränkte) Personen verteilt sind [2]. Endlich kann die Hauptleistungspflicht sogar in einem Unterlassen bestehen, wie dies bei reinen *Kartellgesellschaften* regelmäßig der Fall ist.

[1] «Unternehmung» ist begrifflich der Einsatz von Kapital und Arbeitskraft zum Zwecke der Gewinnerzielung; «Unternehmen» im objektiven Sinn sind die eingesetzten persönlichen und sachlichen Güter selbst (Wieland, p. 239/40). Das OR spricht immer von «Unternehmen» im genannten objektiven Sinn!

[2] Potthoff, p. 4, 40 ff.; Hueck, Ges.Recht. p. 25/29.

Unter dem Marginale «Verhältnis der Gesellschafter unter sich, I. Beiträge» bestimmt OR 531: «Jeder Gesellschafter hat einen Beitrag zu leisten, sei es in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit.»

Der Begriff des Beitrages wird nicht definiert, sondern bloß die Arten genannt, eine Aufzählung, die übrigens, wie im weitern noch auszuführen bleibt, nicht vollständig ist.

Doch ergeben sich schon aus dem Vergleich mit Art. 530[I] OR, der die Gesellschaft als solche definiert, auch für den Begriff des Beitrages wesentliche Anhaltspunkte. Ist die Gesellschaft eine «vertragsmäßige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften und Mitteln», so gehört u. a. auch der Beitrag im technischen Sinne des Wortes («apport») zu den Mitteln der gemeinsamen Zweckverfolgung. Noch deutlicher geht dies aus Art. 531[II] OR hervor, wo Art und Umfang der Beiträge vom vereinbarten Zweck abhängig erklärt werden.

Man kann also die Beiträge zunächst als Leistungen definieren, die der Gesellschafter zur Erreichung des vereinbarten Zwecks verspricht[3]. Doch damit ist der Unterschied von andern Leistungen des Gesellschafters, z. B. Geschäftsführung (OR 535[I]), Vertretung der Gesellschaft (OR 543 f., 563 ff.), Rechenschaftspflicht (OR 540, 394 ff.), noch nicht genügend gekennzeichnet. Mit diesen Pflichten haben die Beiträge gemeinsam, daß sie auch in Arbeitsleistungen bestehen können, daß sie Leistungen der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft, also gesellschaftliche, mitgliedschaftliche, darstellen

[3] Aehnlich Wieland, p. 534: «Beiträge sind Leistungen, die der Gesellschafter zur Erreichung des gesellschaftlichen Erfolges verspricht.» W. braucht hier anscheinend «Erfolg» im Sinne von «Zweck»! – Siegwart, in Art. 531 N. 1, definiert den Beitrag nicht und begnügt sich zu bemerken: «Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, zur Förderung des Zweckes etwas beizutragen.» – Auch Becker (zu Art. 531) definiert den Beitrag nicht.

und daß sie grundsätzlich von allen Gesellschaftern gleichmäßig zu leisten sind (OR 531II, 535, 563, 593).

Aber die Beiträge sind nach Art und Umfang zum voraus bestimmte Leistungen, deren Bemessung in der Regel im Gesellschaftsvertrag erfolgt [4]. Der Gesellschafter kann nicht gezwungen werden, mehr als vertraglich vereinbart zu leisten (OR 560II). Siegwart [5] läßt eine nicht ungebührliche Erhöhung der Beiträge durch Mehrheitsbeschlüsse zu. Dem ist angesichts der kategorischen Bestimmung des Gesetzes wohl nur beizustimmen, wenn es sich erweist, daß die Beiträge objektiv zu tief angesetzt wurden, eine Weigerung der Erhöhung daher als Verstoß gegen Treu und Glauben zu bewerten wäre [6].

Somit gilt es, obige Definition dahin zu ergänzen, daß die Beiträge nach Art und Umfang zum voraus bestimmte Leistungen sind, die der Gesellschafter zur Erreichung des vereinbarten Zweckes verspricht. Allein Art. 531II OR trifft eine subsidiäre gesetzliche Ordnung für den Fall, daß die Gesellschafter über die Beitragsleistung keine Bestimmungen getroffen haben. Es wird somit zur Perfektion des Gesellschaftsvertrages eine Einigung über die Beiträge überhaupt nicht vorausgesetzt. Auch Doktrin und Judikatur nehmen diesen Standpunkt ein [7].

Nur in der Einigung über den Gesellschaftszweck wird der für die Entstehung der Gesellschaft entscheidende Vorgang erblickt, da ja unter Heranziehung der subsidiären Gesetzesvorschriften die Ordnung in den andern Punkten aus dem Gesellschaftszweck abgeleitet werden kann. Bei den Personen-

[4] Wieland, p. 535, unterscheidet nach «Höhe und Inhalt».

[5] Siegwart, Art. 531 N. 37, 534 N. 9.

[6] Job, p. 38, lehnt kategorisch die Meinung Siegwarts ab.

[7] Wieland, p. 536 N. 5; Becker, Art. 531 N. 2; ZBJV Bd. 52, p. 28; VAargR Bd. 30, p. 98.

gesellschaften muß allerdings auch noch über die Persönlichkeit der Mitglieder Willensübereinstimmung herrschen [8].

Die Begriffsbestimmung der Beiträge ist daher auch noch dahin zu ergänzen, daß es nach Art und Umfang zum voraus bestimmte oder nach Maßgabe der gesetzlichen Grundsätze nachträglich festzusetzende Leistungen sind, die der Gesellschafter zur Erreichung des vereinbarten Zweckes verspricht.

Die Beiträge bilden einen Teil des Gesellschaftsvermögens. Das OR gebraucht bei der einfachen Gesellschaft den Ausdruck «Gesellschaftsvermögen» nicht [9], wohl aber bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (OR 570, 617). Aber selbst eine einfache Gesellschaft nicht wirtschaftlicher Natur tritt früher oder später in vermögensrechtliche Beziehungen zur Umwelt. Obschon nicht Gültigkeitserfordernis noch Wesensmerkmal für die einfache Gesellschaft, ist das Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens doch die Regel. Ist dies aber der Fall, so gehört auch der bloß geschuldete Beitrag bereits zum Gesellschaftsvermögen.

II. ABGRENZUNGEN

Gewisse Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung der Beiträge gegenüber *Nachschußpflichten* der Gesellschafter. Das Bundesgericht hat sich mit dieser Frage im Gebiete des Genossenschaftsrechtes befaßt und — unter Berufung auf Laband — sich dahin ausgesprochen, die Nachschußpflicht sei nichts anderes als eine bedingte Geld-Beitragspflicht, die beim Eintritt der in den Statuten vorgesehenen Voraussetzungen zu

[8] Siegwart, Art. 530 N. 19, 48; BGE 24 II 109.

[9] Vgl. dagegen Liechtenstein. PGR Art. 660.

erfüllen ist. Später charakterisiert das Bundesgericht die Nachschußpflicht als eine außerordentliche Beitragspflicht [10]. Die Doktrin schloß sich im wesentlichen dieser Auffassung für die Genossenschaft an [11].

Jedoch erheben sich gegen diese Auffassung wirtschaftliche und rechtliche Bedenken. Betriebswirtschaftlich dienen die Beiträge einerseits und die Nachschüsse anderseits verschiedenen Zwecken. Die Beiträge werden versprochen und gemacht im Hinblick auf die aktiv tätige Gesellschaft; sie dienen der Förderung des produktiven Zweckes der Gesellschaft [12], sei sie mit oder ohne Persönlichkeit. Sie sollen der Gesellschaft das für ihre Zweckverfolgung erforderliche Betriebs- und Garantiekapital (letzteres bei den Kapitalgesellschaften) verschaffen. Die Nachschüsse hingegen sind weder zur Aeufnung eines Geschäftsfonds noch zur Befriedigung eines produktiven Zweckes bestimmt, sondern hauptsächlich zur Deckung von Schulden und Verlusten.

Daß diesem wirtschaftlichen Unterschied auch ein rechtlicher entspricht, geht daraus hervor, daß für die GmbH und die Genossenschaft die Zweckbestimmung der Nachschüsse sogar in dem Sinne zwingend festgelegt ist, daß sie «nur zur Deckung von Bilanzverlusten verwendet werden dürfen» (OR 803[I], 871[I]).

Ein weiteres Argument für die rechtliche Verschiedenheit der beiden Institute ist, daß, wie bei der Genossenschaft ausdrücklich bestimmt ist, die Nachschußpflicht auch noch im Konkurse geltend gemacht werden kann, und zwar dort im

[10] BGE 28 II 187; 49 II 380 ff.; 57 II 522 ff.

[11] Bircher, Die Frage der beschr. Haftg. i. d. Genossenschaft, Diss. Zch., 1919, p. 192 ff.; Ab-Yberg, Die Haftg. der Genossenschafter, Diss. Zch., 1942, p. 20 ff.

[12] Siegwart, Art. 531/32 N. 40.

Umlageverfahren (OR 873), während die Pflicht zur Beitragsleistung normalerweise mit dem Eintritt des Auflösungsgrundes erlischt [13], weil die Gesellschaft nicht mehr werbend auftritt und es sich nicht mehr um die Förderung des vereinbarten Gesellschaftszweckes handelt [14]. — Aus diesen Gründen ist wohl dem Nachschuß die Eigenschaft von Beiträgen im technischen Sinn des Wortes abzusprechen [15].

Vom Beitrag unterscheidet sich wesentlich der *Kapitalanteil*. Darunter versteht man den Geldbetrag, auf welchen der Beitrag des einzelnen Gesellschafters eingeschätzt wird und der auf ein Kapitalkonto gebucht zu werden pflegt. Er bildet im Gegensatz zur Einlage eine reine Rechnungsziffer, soweit sich nach ihr Verzinsung und Gewinnverteilung richtet. Zum Kapitalanteil gehören nur die Einlagen quoad dominium, nicht quoad usum und in der Regel auch nicht die in Arbeit bestehenden Beiträge. Während für die Beiträge als solche kein Rückforderungsrecht besteht, bringt der Kapitalanteil eine durch die Entwicklung des Geschäftsbetriebes bedingte und befristete Forderung des Gesellschafters zum Ausdruck [16].

Wenn Art. 542II OR von der Abtretung eines Anteils spricht, so ist damit weder der Anteil an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens noch die Mitgliedschaft gemeint, die ja überhaupt nur mit Zustimmung aller Teilhaber abgetreten werden kann, sondern ein Komplex vermögensrechtlicher Ansprüche, über die auch der gesamthänderische Gesellschafter frei verfügen kann [17]. Es handelt sich um

[13] Hartmann, Art. 557 N. 8; Siegwart, Art. 531 N. 40.

[14] Wieland, p. 535.

[15] Aehnliche Auffassung: Naegeli, p. 51: «Die Nachschußpflicht dient nicht produktiven Zwecken wie die Beitragspflicht.»

[16] Wieland, p. 554/57.

[17] Haab, Art. 652/54 N. 21; Düringer-Hachenburg, Bd. II/1, Allg. Einl., N. 31; Siegwart. Art. 542, N. 4.

Ansprüche rein finanzieller Natur ohne persönlichen Charakter, wie z. B. die vermögensrechtlichen Ansprüche auf Lohn, Zins, Gewinn, Liquidat.

Außergesellschaftliche Leistungen des einzelnen Gesellschafters an die Gesellschaft ergeben sich aus Rechtsgründen, die vom Gesellschaftsvertrag unabhängig sind, und zwar aus synallagmatischen Verträgen oder aus Delikten bzw. ungerechtfertigter Bereicherung, die nicht mitgliedschaftliche Belange berühren. Ihre Bedeutung tritt bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften mehr hervor als bei einfachen [18]. Bei den einzelnen Beitragsleistungen wird auf die Zweifelsfälle zurückzukommen sein, wo aus dem Illationsvertrage nicht klar hervorgeht, ob es sich um synallagmatische oder partiarische Leistungen handelt.

III. EINLAGEN

Unter Beiträgen im engeren Sinne werden meist nur Vermögensleistungen verstanden. Soweit sie in das Gesellschaftsvermögen fließen, bilden sie sog. Einlagen, d. h. die Dotierung des Gesellschaftsfonds mit Vermögenswerten seitens eines Gesellschafters. Diese Werte umfassen sämtliche übertragbaren Rechte. Nur Arbeitsleistungen sind niemals Einlagen [19]. Die Begründung eines Gesellschaftsvermögens durch gemeinsame Beiträge bildet in der Praxis, besonders bei den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, den häufigsten Fall. Das Gesellschaftsvermögen wird vom Privatvermögen gesondert gebucht

[18] Vogelsang, p. 122; BGE 23 I 288, 24 II 736.

[19] Laband, p. 24 ff. Düringer-Hachenburg, Bd. II/1, Allg. Einl., N. 46 ff; Wieland, p. 538 ff.

und der Beitrag jedes Gesellschafters seinem Kapitalkonto gutgeschrieben.

Die Einlage wird Bestandteil eines nur der Verfügung der Gesamthand unterworfenen Gesamtgutes, bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft zum Sondervermögen der Gesellschaft, die ja trotz Ein- und Austritten und etwaigen Firmaänderungen dieselbe bleibt [20]. Bei der einfachen Gesellschaft bildet dagegen das Gesamtgut nicht einmal formell ein Sondervermögen der Gesellschaft, wohl aber wie auch bei den andern vertraglichen Gesamthandschaften ein durch den Gesellschaftsvertrag zweckgebundenes Gesamtgut der Gesellschafter, soweit nicht Miteigentum vereinbart wurde.

Wird überhaupt kein gemeinsames Vermögen gebildet, so entsteht keine dingliche, sondern nur eine obligatorische Gebundenheit der Gesellschafter hinsichtlich der in ihrem Sondereigentum verbleibenden Mittel, die für gesellschaftliche Zwecke bestimmt sind. Ihre Verfügungsfähigkeit ist nicht nach außen, wohl aber nach innen durch die gesellschaftliche Zweckgebundenheit beschränkt.

IV. GEMEINSCHAFTS- UND INDIVIDUALSPHÄRE

Ueber die Einteilung der Rechtsverhältnisse, die im Zusammenhang mit einer Gesellschaft entstehen und zu denen auch das Beitragsrecht und die Beitragspflicht gehören, weist die Doktrin eine Reihe von Varianten auf [21].

[20] Guhl, p. 417; Siegwart, Art. 578 N. 4.

[21] Bachmann, p. 10 ff.; Engelskirchen, p. 9.

Laband [22] teilt in zwei Gruppen auf: Die eine umfaßt die aus dem Gesellschaftsvertrag hervorgehenden Rechte und Pflichten. Zu diesen gehören u. a. die Pflicht zur Einzahlung der versprochenen Einlagen, Geschäftsführung, Konkurrenzenthaltung. Ansprüche auf Zinsen und Gewinn, alles, was die notwendige Folge der Gesellschaftserrichtung ist. — Die andere Gruppe sind die Rechtsverhältnisse zwischen dem Gesellschaftsfonds und dem Privatvermögen der Gesellschafter. Sie haben ihren Grund nicht im Gesellschaftsvertrag, sondern in andern, mit Rücksicht auf die Sozietät zufälligen Ereignissen, z. B. Kauf-, Darlehens-, Wechselverträgen zwischen der Gesellschaft und einem Gesellschafter oder Dritten.

Gierke [23] macht folgende Einteilung der Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander: — Erstens: Das Rechtsverhältnis fällt auf beiden Seiten völlig in die gesellschaftliche Geheimsphäre, also in die gegenseitigen Rechte und Pflichten, «die ohne Hinzutritt eines weitern Rechtsgrundes aus dem vertragsmäßigen Gesellschaftsbande entspringen und mit dessen Lösung ohne Hinterlassung eines Rückstandes erlöschen» (so z. B. die Geschäftsführung).

Zweitens: Das Rechtsverhältnis fällt auf einer Seite in eine gesellschaftliche Sondersphäre. Hier wird das Gesellschaftsvermögen in gewisser Hinsicht einheitlich zusammengefaßt und in anderer Hinsicht in gesonderte Anteile zerlegt. Es entstehen dadurch «Verbindlichkeiten und Ansprüche der einzelnen Gesellschafter, welche auf vermögensrechtliche Leistungen an das Gesellschaftsvermögen und aus dem Gesellschaftsvermögen gerichtet sind und sich einerseits dadurch als

[22] Laband, p. 22 ff.

[23] Gierke, Gen.theorie, p. 523/24.

gesellschaftlich charakterisieren, daß sie aus dem Gesellschaftsvertrag hervorgehen, anderseits dadurch als individuelle kundgeben, daß sie erst durch individuelle Titel in konkreter Gestalt begründet werden». Dazu gehören vor allem die Beitragspflicht, Ersatzverbindlichkeiten aus einem in Gesellschaftsangelegenheiten begangenen Verschulden oder Verzuge, Gewinnansprüche.

In der dritten Gruppe behandelt Gierke die Rechtsverhältnisse, bei denen auf der einen Seite die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit, auf der andern ein oder mehrere Gesellschafter in außergesellschaftlicher Stellung stehen.

Wieland [24] unterscheidet rein sozialrechtliche Verhältnisse (Einlagen, Geschäftsführungspflicht, Aufwendungen) von gemischt sozial-individualrechtlichen Verhältnissen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern (Kauf-, Miet- und Dienstverträge, unmittelbar auf Gesetz beruhende Forderungen, dingliche Rechte, Anspruch eines Ausgeschiedenen auf Rückerstattung seiner Einlage).

2. Neuere Lehren

Die neuere Doktrin und insbesondere die deutsche Rechtsprechung bedient sich im wesentlichen der tiefer eindringenden Begriffsbildung von Geiler [25], welcher vier Gruppen unterscheidet: — Individualverpflichtungen, denen Sozialansprüche entsprechen. Dazu gehören in der Hauptsache die Beiträge. — Individualansprüche, denen Sozialverpflichtungen gegenüberstehen (Gewinnanteil, Auseinandersetzungsguthaben, Ver-

[24] Wieland, p. 845.

[25] Staudinger-Geiler, § 705 BGB, N. 39 ff.; Düringer-Hachenburg, Bd. II/1, Allg. Einl., Anm. 83 ff.

gütungen, Schadenersatz). — Individualansprüche gegenüber Individualverpflichtungen (z. B. Ansprüche eines Gesellschafters aus schuldhafter Verletzung der Gesellschafterpflichten seitens eines Mitgesellschafters). — Individualansprüche gegenüber Individual- und Sozialverpflichtungen (z. B. Ansprüche eines Gesellschafters aus einem Drittverhältnis, wie Darlehen, Miete).

J. v. Gierke [26] lehnt die Bezeichnungen Individual- und Sozialansprüche bzw. Individual- und Sozialverpflichtungen überhaupt ab, da diese Ausdrücke vieldeutig seien, und spricht von «internen Gesamthandansprüchen» und Einzelansprüchen.

Siegwart [27] macht eine Dreiteilung der «Gemeinschafts- und Individualsphäre» bei den Personengesellschaften: — Gesellschaftliche Beziehungen der Gesellschafter untereinander oder zur Gesellschaft. Dazu gehören vor allem «die Sacheinlagen der Gesellschafter, die Beiträge an Arbeit oder anderer Art». — Außergesellschaftliche Beziehungen der Gesellschafter zur Gesellschaft (wie sie auch ein Dritter haben kann, z. B. aus Kauf-, Miet-, Dienstvertrag). — In der dritten Gruppe figurieren die Beziehungen der Gesellschaft zu den Nichtgesellschaftern.

Diese Uebersicht hat ergeben, daß die Eingliederung der Beiträge ungeachtet der verschiedenen Einteilungen im wesentlichen die gleiche ist, nämlich als solche, die der Gemeinschaftssphäre angehören, also einem sozialrechtlichen Verhältnis. — Betrachtet man auf der einen Seite den An-

[26] J. v. Gierke, p. 41. — Bachmann, p. 21 ff., ist mit J. v. Gierke (zit.) und Hueck, p. 139, der Ansicht, daß Geilers viel beachtete Unterscheidung nicht vollständig sei, da für manche Ansprüche zwischen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern die Einteilung in solche, die auf dem Gesellschaftsverhältnis und in solche, die auf dem sog. Drittverhältnis beruhen, nicht ausreiche.

[27] Siegwart, Vorb. zu Art. 530—51, N. 87 ff.

spruch auf Erfüllung der Beitragspflicht, auf der andern die Verpflichtung zu dieser Leistung, so ist ersterer ein Sozialanspruch, den man auch als internen Gesamthandanspruch bezeichnen kann. Die Verpflichtung zur Leistung seitens des Gesellschafters ist aber gleichfalls eine gesellschaftliche, aber eben die gesellschaftliche Verbindlichkeit eines einzelnen Teilhabers an die Gesamthand und in diesem Sinne eine Individualverpflichtung. — Schließlich besteht die Pflicht zur Beitragsleistung des einzelnen Gesellschafters auch seinen Mitgesellschaftern gegenüber, denen er sie im Gesellschaftsvertrage versprochen hat. In dieser Richtung ist es eine gegenseitige gesellschaftliche Verpflichtung unter den Teilhabern.

§ 2 DIE BEITRAGSPFLICHT

VORBEMERKUNG

Der Gegensatz zwischen individualistisch und kollektivistisch organisierten Verbänden[28], insbesondere zwischen den Personen- und den andern Gesellschaften, liegt in erster Linie in der Art und im Umfang der Beteiligung und der Haftung der Mitglieder, aber nicht weniger auch darin, wie der einzelne Teilnehmer als solcher für die Vereinigung selbst in Betracht kommt. Bei den Personengesellschaften beruht die ganze Betriebsweise vorwiegend auf der persönlichen Kraft, Arbeit und Tüchtigkeit der einzelnen Gesellschafter.

[28] E. Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1925, p. 86; ders.: Eintritt und Austritt von Mitgliedern einer Gemeinschaft, in ZSR NF 40, p. 11; Rosenberg, p. 11.

Das Gesellschaftsvermögen der Personengesellschaft ist ein interner, zur Erreichung des Unternehmungszweckes bestimmter Kapitalfonds. Infolge der unbeschränkten Haftung ist den Gläubigern der Zugang auch zum Privatvermögen geöffnet, sei es direkt, wie bei der einfachen, sei es subsidiär, wie bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Haftungssubstrat der Personengesellschaften ist deshalb letzten Endes die Summe der einzelnen Gesellschaftervermögen. Es kommt daher, anders als bei den Kapitalgesellschaften, darauf an, wer Träger der Beteiligung ist.

I. ALLGEMEINES

Wie schon aus den bisherigen Ausführungen hervorgehen dürfte, ist Art. 531[I] OR über die Beitragspflicht dispositiven Rechts [29]. Es handelt sich nicht um die Feststellung der Erfordernisse einer Gesellschaft, sondern um die dispositive Ordnung der Pflichten der Gesellschafter untereinander [30]. Wenn auch regelmäßig der essentielle gemeinsame Zweck durch Zusammenlegung eines Betriebsfonds gefördert wird, kann er häufig auch ohne einen solchen erreicht werden. Man denke nur an Kartelle, wo durch übereinstimmende Unterlassungen einer bestimmten Konkurrenztätigkeit vorteilhaftere Produktions-, Erwerbs- bzw. Absatzbedingungen für die Unternehmen geschaffen werden, die sich zum Kartell — z. B. in der Form einer einfachen Gesellschaft — zusammenschließen.

[29] Rupprecht, p. 9, ist anderer Meinung.

[30] Becker, Art. 531 N. 1; Siegwart, Vorb. zu Art. 530/31, N. 78, Art. 580 N. 48; Job, p. 48; Möhle, p. 49 N. 1.

Gemeinsam kann das Gewerbe auch so geführt werden, daß die Vermögen der Gesellschafter getrennt bleiben und bei Jahresschluß über Gewinn und Verlust abgerechnet wird.

Es ist somit Sache der Gesellschafter, die Beitragspflicht zu statuieren und ihre Ausgestaltung verbindlich zu regeln. Selbst bei der Kommanditgesellschaft besteht keine gesetzliche Beitragspflicht des Kommanditärs, wie es nach Art. 594 OR scheinen könnte. Diese Bestimmung besagt nämlich, daß bei der Kommanditgesellschaft «wenigstens ein Mitglied unbeschränkt, eines oder mehrere aber als Kommanditäre nur bis zum Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage, der Kommanditsumme, haften». In dieser Formulierung werden die Einlage des Kommanditärs und seine Haftsumme gleichgesetzt, was hätte vermieden werden sollen. Zwischen der Einlage und der Haftsumme des Kommanditärs besteht nämlich ein wesentlicher Unterschied. Seine Einlageschuld ist eine Verpflichtung gegen die Gesellschaft, seine Haftsumme hingegen der Betrag, bis zu welchem er den Gesellschaftsgläubigern für die Gesellschaftsschulden einzustehen hat [31].

Eine Einlage schuldet der Kommanditär nur, wenn es im Gesellschaftsvertrag verabredet ist. Durch eine solche Abrede erhält die Kommanditgesellschaft gegen den Kommanditär einen Anspruch auf Leistung der Einlage in der Art und Höhe, wie sie abgemacht wurde, und nicht notwendig in der Höhe der Haftsumme für die Gesellschaftsschulden [32]. Dadurch

[31] Richtiger formuliert in § 171[I] HGB: «Der Kommanditär haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist.» – Bischoff, p. 17, spricht von grenzenloser Verwirrung, die in bezug auf diese nötige Unterscheidung herrsche; sehr schöne Abgrenzung bei Jacobi, «Die Haftung des Kommanditisten und die Eintragung der Haftung ins Handelsregister» in: JD Bd. 70, p. 300 ff.

[32] Protokoll p. 114, 129/30, 134, 136, 142/43; Siegwart, Art. 594/95 N. 8/9; Simon, p. 99; Wieland, p. 737.

unterscheidet sich die Kommanditgesellschaft des OR von derjenigen des französischen Rechtes, einer Gesellschaft mit obligatorischer Einlagepflicht in bestimmter, im Interesse der Gläubigerschaft unveränderlichen Höhe (Art. 26 Code Comm.).

Der Kommanditär nach Art. 594 ff. OR dient der Gesellschaft mit der erklärten und registrierten Haftsumme, indem er dadurch mittelbar ihren Kredit erhöht; hingegen hängt es vom Gesellschaftsvertrag ab, ob er darüber hinaus zu einem Beitrag an die Gesellschaft verpflichtet ist und in welcher Höhe [33]. Es ist daher irreführend, wenn der Ausdruck «Kommanditsumme» für beide Erscheinungen verwendet wird und die Unterscheidung auch sonst bei der materiellen Regelung nicht beachtet wird [34].

Besteht demgemäß bei den Personengesellschaften die Beitragspflicht nur als vertragliche Obliegenheit, so unterläßt das Gesetz allerdings nicht, in Art. 531^{II} OR subsidiär zu bestimmen, was zu gelten habe, wenn die Gesellschafter die vorgesehenen Beiträge im Vertrag nicht näher bestimmt haben.

Die Beiträge haben Bedeutung für die Bemessung der Gewinn- und Verlustbeteiligung (OR 533) sowie der Liquidationsansprüche (OR 549^{I}). Sie können auch für die Stimmberechtigung maßgebend sein (OR 534).

[33] Bischoff, p. 16; ZBJV Bd. 45, p. 39; BGE 37 II 35 ff. Eine andere Meinung nimmt F. Ehrenberg, «Handbuch des gesamten Handelsrechts», Leipzig 1918, p. 352/63/72 ein.

[34] Sten.Bull. StR 1931, p. 161; ZBJV Bd. 46, p. 197, Art. 594, 596/97, 601, 608/09, 610/12 OR.

II. DER ILLATIONSVERTRAG

1. Inhalt

Illation oder Einbringung ist die Dotierung des Gesellschaftsfonds mit Vermögenswerten seitens eines Gesellschafters [35]. Mit dem Illationsvertrag verpflichtet sich der Gesellschafter zur Leistung dieser Vermögenswerte als seine gesellschaftlichen Beiträge. In der Regel bildet der Illationsvertrag einen Bestandteil des Gesellschaftsvertrages.

Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages muß vor allem erkennen lassen, welche Mitglieder sich zusammenschließen und zu welchem Zweck. Bei der Kollektivgesellschaft gehört auch noch die Bestimmung der Firma zum notwendigen Inhalt, ferner welches Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe die Gesellschafter betreiben wollen (OR 552). Bei der Kommanditgesellschaft kommt überdies die Angabe hinzu, welche Mitglieder unbeschränkt und welche nur bis zu einem bestimmten Betrage haften (OR 594)[36].

Genaue Bestimmung der Art und des Umfanges der Beiträge im Vertrag ist wünschbar, aber zur Perfektion des Vertrages nicht unbedingt gefordert, da letzten Endes über die Mittel der Zweck entscheidet und mangels vertraglicher die gesetzliche Bestimmung subsidiär platzgreift, wonach «die Gesellschafter gleiche Beiträge, und zwar in der Art und dem Umfange zu leisten haben, wie der vereinbarte Zweck es erheischt» (OR 531[II])[37].

[35] Laband, p. 24.

[36] Siegwart, Art. 552/53 N. 14 ff., Art. 594 N. 1 ff.; Hartmann, Art. 552 N. 11.

[37] Ueber die einzelnen Objekte der Illation vgl. unten p. 36 ff.

Erweisen sich die vereinbarten Beiträge als zu hoch oder überflüssig, so kann der einzelne Gesellschafter Herabsetzung oder Rückgabe verlangen, was ein teilweises Dahinfallen des Vertrages bedeutet [38]. Die Beitragspflicht kann vertraglich auch von wirtschaftlichen und anderen Faktoren abhängig gemacht werden, wie z. B. Bedarf der Gesellschaft, Konjunkturlagen, wechselnder Umfang der Geschäfte, Leistungsfähigkeit [39].

Es kann im Illationsvertrag oder durch spätere Abrede auch festgesetzt werden, daß z. B. die Höhe des Beitrages der Entschließung einer Gesellschaftsmehrheit unterliegen solle. Dazu genügt aber nicht, daß der Vertrag einen mit einer gewissen Mehrheit gefaßten Beschluß ganz allgemein als zur Abänderung des Vertrages ausreichend vorsieht. Vielmehr müssen gewisse Grenzen festgesetzt sein, innerhalb deren sich der Erhöhungsbeschluß zu halten hat, da eine unbegrenzte Unterwerfung der Minderheit unter den Willen der Mehrheit gegen die guten Sitten verstieße [40].

Gleichwohl können durch Gesellschaftsbeschlüsse Aenderungen herbeigeführt werden, und zwar nicht nur einstimmig, sondern, wenn der Vertrag dies vorsieht, auch mit Stimmenmehr, das sich mangels anderer Abrede nach Köpfen bestimmt (OR 534, 557). Doch dürfen bedeutende Erhöhungen der vertraglichen Leistungen durch Majorisierung wohl nicht die Grenzen der Zumutbarkeit an die überstimmten Gesellschafter überschreiten [41].

[38] Schweingruber, Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, Diss. Bern, 1930, p. 177; Siegwart, Art. 531 N. 35; BGE 40 II 121.

[39] Wieland, p. 536; Siegwart, Art. 531 N. 35; vielfach dürfte in solchen Fällen richterliches Ermessen entscheiden.

[40] RGZ 163, 385 (= Schmidt, p. 219 ff.).

[41] Siegwart, Vorbem. zu Art. 530/51 N. 101; BGE 51 II 150; Mangold, p. 18; Sem.Jud. Bd. 24, p. 646: Eine eigenmächtige Erhöhung ist unzulässig!

Eine Pflicht zur nachträglichen Erhöhung besteht für den Gesellschafter grundsätzlich nicht, und so stellt denn der im Gesellschaftsvertrag festgesetzte Betrag die Höchstgrenze dar. Darüber hinaus kann der Gesellschafter im Innenverhältnis nicht zu weiteren Leistungen herangezogen werden, denn jeder Gesellschafter soll von vorneherein den Umfang der Beitragspflicht übersehen können. Die Beschränkungen der Leistungspflicht des Gesellschafters (im Gegensatz zum Vereinsrecht) stellt ein Grundprinzip des Gesellschaftsrechtes dar [42].

Darum sollte für die Erhöhung der Einlagen durch Mehrheitsbeschluß entweder eine Höchstgrenze festgelegt werden oder den Ueberstimmten die Möglichkeit eingeräumt werden, durch Ausscheiden dieser erhöhten Beitragspflicht zu entgehen [43].

Umgekehrt ist auch ein Gesellschafter von sich aus nicht berechtigt, seine Einlage zu erhöhen (OR 559^{III})[44]. Ob dies, wie Benz meint [45], ein Ausfluß der Treuepflicht des Gesellschafters ist, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls wäre dies sicher eine unzulässige, einseitige Vertragsänderung.

2. Natur des Illationsvertrages

Durch den Abschluß des Illationsvertrages verpflichtet sich der Inferent, seinen Beitrag an die Gesellschaft zu leisten; dieser bildet seine gesellschaftliche Beteiligung. Die Uebertragung von Vermögenswerten an die Gesellschaft stellt keinen Verkauf

[42] Hueck, Ges.-Recht, p. 30.

[43] Wieland, p. 579; Hueck, p. 111, 131, 132.

[44] Hartmann, Art. 559 N. 4.

[45] Benz, p. 93 f.; so z. B. ausdrücklich das Liechtenstein. PGR Art. 650^{II}.

dar, da der Inferent weder sein Eigentum zur Gänze aufgibt, noch dafür einen Kaufpreis in Geld bekommt. Er erwirbt vielmehr für seinen Beitrag eine gesellschaftliche Beteiligung und verbleibt weiterhin im Vertragsverhältnis mit der Gesellschaft.

Wenn auch kein Kauf, so liegt aber jedenfalls — soweit Uebereignungen in Betracht kommen — eine Veräußerung vor, da sich der Beitragsleistende seines Alleineigentums an den Illationsobjekten zu begeben hat, um dafür als Gegenleistung gesellschaftliche Anteilsrechte zu erwerben. Die Vertragsparteien stehen sich somit zwar nicht als Käufer und Verkäufer, aber doch als Veräußerer und Erwerber gegenüber [46]. Es erscheint daher folgerichtig, daß gemäß Art. 531^{III} OR in bezug auf Gefahrstragung und Gewährleistung die Grundsätze des Kaufvertrages entsprechende Anwendung finden. Anderseits kann es sich dabei aber nur um eine «entsprechende Anwendung» handeln, weil die Kaufsgrundsätze auf einen Austauschvertrag zugeschnitten sind, während die Vertragsparteien in casu nicht im Synallagma, sondern bereits als Gesellschafter (partiarisch) einander gegenüberstehen [47].

3. Form des Illationsvertrages

Für den Abschluß dieses Vertrages stellt das Gesetz keine besondere Regelung auf. Er bedarf somit keiner Form und kommt durch bloßen Konsens zwischen den Parteien zustande, sofern nicht diese selbst eine Form vorbehalten (OR 11, 16). Sollen aber Forderungen eingebracht werden und soll im Vertragsschluß auch schon die Abtretung liegen, so bedarf er der Schriftlichkeit (OR 165^{I}).

[46] Siegwart, Art. 530 N. 63; Giger, p. 12.

[47] Vgl. hiezu die näheren Ausführungen p. 143 ff. unten.

Umstritten ist, ob die Verpflichtung zur Einbringung von Grundstücken der öffentlichen Beurkundung (gemäß Art. 657 ZGB) bedarf, da der Veräußerer bei der Uebertragung zu Gesamteigentum sein Eigentum nicht ganz oder zu einer bestimmten Quote aufgibt, sondern weiter an demselben partizipiert. Der Inferent läßt — nach Ansicht Haabs und Leemanns [48] — durch Illation verbunden mit dem Grundbucheintrag die Mitgesellschafter in das Eigentum seiner Grundstücke hineinwachsen. Es handelt sich also nicht um eigentliche Akkreszenz und Dekreszenz, wie im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters, wo der Rechtserwerb — bzw. Verlust — eo ipso erfolgt [49], sondern um eine eigentliche Uebertragung an die Gesellschaft, an welcher der Veräußerer allerdings ebenfalls partizipiert. Das bewirkt aber, daß der Illationsvertrag im Falle der Einbringung von Grundstücken öffentlich beurkundet werden muß.

Dies entspricht auch der ratio legis von Art. 657 ZGB. Sie will den Schutz der Parteien vor unüberlegten Handlungen sowie die Förderung der Präzision des Vertrages. Das ist ebenfalls bei der Illation notwendig. Aus den gleichen Gründen ist auch die Angabe des Rechtsgrundes zu fordern. Abstrakte Beurkundung ist grundsätzlich abzulehnen [50]. Aus diesen Erwägungen folgt zugleich, daß für die Illation verschiedener Objekte die jeweiligen Vertrags- und Uebertragungsformen einzuhalten sind.

[48] Zur Akkreszenztheorie: Haab, Art. 652/54 N. 15, 40, Art. 656 N. 6, 43; Leemann, Art. 652 N. 8, 28, Art. 657 N. 9, 19. Selbst wenn man nicht dieser Theorie folgt, ist die Anwachsung nicht schon durch den Vertrag allein, sondern erst durch die Buchung desselben als vollzogen anzusehen. Art. 656 ZGB zählt den Erwerb von Illationsgrundstücken nicht unter den Ausnahmen vom Eintragungsprinzip auf.

[49] Vgl. hiezu: Wiki, p. 48 ff.

[50] Haab, Vorb. z. Grundeigentum, p. 182 N. 2; Siegwart, Art. 530 N. 64, 65, 72; BGE 58 II 364.

Was den Umfang der öffentlichen Beurkundung betrifft, ist zu fordern, daß sie die einzubringenden Objekte, den Inferenten, die Namen der übrigen Gesellschafter (die ja Gesamteigentümer werden sollen) und den Zweck der Gesellschaft aufführt sowie — nach Siegwart — «jene Teile des Vertrages, welche sachlich und zeitlich in einem engen, entscheidenden Zusammenhang mit der Einbringung des Grundstückes stehen, also entweder die Sachleistungen der andern Gesellschafter oder den Anrechnungswert des Grundstückes» [51].

III. DIE GESETZLICHE ORDNUNG

Die subsidiäre gesetzliche Ordnung des Art. 531 II OR greift Platz, wenn zwar eine vertragliche Beitragspflicht feststeht, nicht aber die Bestimmung von Art und Umfang. Hingegen kann sie nicht eine Beitragspflicht schaffen, die von den Parteien nicht beabsichtigt war. Dies folgt zwar nicht direkt aus der (übrigens lapidaren) Fassung des Art. 531 II OR, aber aus der dargelegten dispositiven Natur der Vorschrift über die Beitragsleistung (OR 531 I) überhaupt, wie dies aus den bisherigen Ausführungen erhellen dürfte.

Die subsidiäre Bestimmung des Abs. II von Art. 531 OR kann naturgemäß keine ziffermäßige sein, sondern nur eine grundsätzliche. In dieser Richtung werden zwei Prinzipien aufgestellt: die Gleichheit und die Zweckmäßigkeit. Das Prinzip der Gleichberechtigung ist im Innenverhältnis der Gesell-

[51] Siegwart, Art. 530 N. 74; Oser, Art. 216 N. 8; Leemann, Berichtigung zu Art. 657 N. 15; SJZ Bd. 16, p. 42, Bd. 24, p. 67. — Zur Erfüllungsform; vgl. p. 36 ff. unten!

schaft überhaupt grundlegend; das heißt die Beteiligten haben ein Recht, unter gleichen Umständen gleich behandelt zu werden [52]. Dies ist die logische Folge der Treuepflicht der Gesellschafter [53]. Die Gleichberechtigung kommt auch in den Vorschriften zum Ausdruck, daß Gesellschaftsbeschlüsse prinzipiell nur mit Zustimmung aller Gesellschafter gefaßt werden (OR 534[I]), die Geschäftsführung allen Gesellschaftern zusteht (OR 535[I]), ein Gewinn mit allen Gesellschaftern zu teilen ist (OR 532) u. a. m.

Hingegen ist eine absolute Gleichheit der Beiträge nur bei Geldleistungen herstellbar. Bei nichtgeldlichen Beiträgen ist keine unbedingte Gleichheit der Sache, der Arbeitsleistungen usw. zu fordern, sondern nur eine solche des Wertes. Ungleichheiten sind durch Zuzahlung auszugleichen [54].

[52] Hartmann, Art. 557 N. 3; ZBJV Bd. 73, p. 152; Wieland, p. 535 Anm. 5; Düringer-Hachenburg, Bd. II/1, p. 114 N. 90d; Becker, Art. 534 N. 8. – Aehnlich lautende Bestimmungen: BGB § 706[I], Oesterr. ABGB § 1184.

[53] Benz, p. 83 ff.; Gloor, p. 12; Hueck, p. 120; Hartmann, Art. 557 N. 2.

[54] Siegwart, Art. 531 N. 38.

2. KAPITEL

DER BEITRAG ALS VERÄUSSERUNGSLEISTUNG

§ 3 BARLEISTUNGEN

Art. 531[I] OR nennt als Beitragsobjekt an erster Stelle Geld, wohl weil dies zu den häufigsten Fällen gehören dürfte. Unter Geld ist das staatlich anerkannte Zahlungsmittel zu verstehen, das keiner Bewertung bedarf. Es ist Wert schlechthin (nomineller Wert), im Vergleich z. B. mit ausländischem Geld, das zum Kurs am Sitz der Gesellschaft bewertet werden muß. Lautet die Beitragspflicht auf ausländische Valuta, so steht es übrigens dem Gesellschafter frei, an ihrer Stelle in schweizerischer Landeswährung zu zahlen, wenn nicht durch eine Effektivklausel eine Geldsortenschuld statuiert wird (OR 84[II]). Im übrigen gilt die sogenannte Nennwerttheorie, nach welcher der Gläubiger [1] das Risiko der Geldentwertung zu tragen hat, die bis zur Fälligkeit eintritt [2].

Die Erfüllung kann bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften auch durch Verrechnung erfolgen (OR 120 ff.) [3]. In der Sache begründet ist der Ausschluß der Verrechnung mit dem Anspruch, daß die andern Gesellschafter ihre Geldeinlage

[1] Zur Frage, wer Gläubiger der Beiträge ist, vgl. p. 84 ff.

[2] BGE 49 II 12, 51 II 406.

[3] BGE 42 II 492 (Allerdings kann die Einzahlung durch Verrechnung mit einer Forderung des Kommanditärs an die Gesellschaft durch die paulianische Anfechtungsklage bestritten werden); ZBJV Bd. 40, p. 97.

gleichfalls machen[4]. Gesellschaftsleistungen verfolgen nämlich einen gemeinsamen Zweck, der nur durch ihr Zusammenwirken, nicht durch ihren gegenseitigen Ausgleich erreicht werden kann. Ebensowenig kann mit dem Liquidationsanspruch vor seiner Fälligkeit verrechnet werden[5].

§ 4 SACHLEISTUNGEN

I. ALLGEMEINES

Die Sacheinlagen unterscheiden sich von Geldeinlagen einzig dadurch, daß nicht Geld, sondern andere Werte in das Gesellschaftsvermögen geleistet werden. Das Gesetz spricht (bei der AG) von Einlagen, die «nicht durch Einzahlung» geleistet worden seien (z. B. OR 628[I]). Der Unterschied liegt also positiv ausgedrückt darin, daß die Sacheinlagen stets einer Bewertung durch die Gesellschaft bedürfen, während Bargeld einen nominellen Wert bildet.

1. Die Voraussetzungen der Einbringung einer Sacheinlage sind:

a) daß an ihr Rechte begründet werden können, also ein *Rechtserwerb möglich* ist. Die Rechtsordnung kann auch Güter zu Rechtsgütern erheben, die nicht selbständige

[4] Siegwart, Art. 531 N. 23; Buser, p. 117.

[5] BGE 23 I 291; SJZ Bd. 20, p. 181.

Rechtsobjekte sind, wie Unternehmen (OR 181 ff.), Firma, Markenrechte usw.;

b) *Uebertragbarkeit*, da durch die Einlage der Gegenstand vom Gesellschafter auf die Gesellschaft übergehen soll, wenn auch nur zur Gesamtberechtigung, an welcher der Uebertragende weiterhin beteiligt ist. Die Uebertragung kann (vgl. Art. 164 OR) durch die Natur des Rechtsverhältnisses ausgeschlossen sein (z. B. Vorkaufsrechte)[6], durch gesetzliche Vorschrift (z. B. die Firma ohne das Geschäft, OR 953) oder private Vereinbarung. Bei Rechtsverhältnissen, deren Uebertragbarkeit nicht ganz abgeklärt ist, bejaht Siegwart[7] im Zweifelsfall die Frage der Einbringlichkeit in eine Personengesellschaft, zumal es sich nicht um eine volle Uebertragung, sondern um eine solche zu Gesamteigentum bzw. zur Gesamtberechtigung handle, an welcher auch der Uebertragende weiterhin partizipiert (z. B. beim Konkurrenzverbot). — Dieser Meinung kann bezüglich des Konkurrenzverbotes nur dann zugestimmt werden, wenn das Verbot im Interesse des berechtigten Geschäftes begründet wurde und nicht bloß im Interesse des Inhabers allein, dem es persönlich dient[8];

[6] Guhl, Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung, in Festgabe zum 50jährigen Bestehen des BG, Bern 1924, p. 28 ff.; Oser, Art. 216 N. 21; Leemann, Art. 681 N. 30. – Weder Art. 681 ZGB noch 216 OR sprechen sich über die Uebertragbarkeit des Vorkaufsrechtes aus. Die Doktrin ist sich über diese Frage nicht einig. Ob man aber das Vorkaufsrecht als bedingten Kauf oder als Gestaltungsrecht konstruiert, ist die Uebertragung nicht ausgeschlossen; sie bedarf jedoch der Zustimmung des Verpflichteten. — BGE 48 II 469: Uebertragbar nur auf Grund besonderer Vereinbarung mit dem Verpflichteten.

[7] Siegwart, Art. 531 N. 4/24.

[8] Oser, Art. 357 N. 20.

c) *Bewertbarkeit*, das heißt Veranschlagbarkeit in Geld, wird gleichfalls — besonders im französischen Recht [9] — als Voraussetzung genannt, ist aber eigentlich selbstverständlich, wenn die Einlage von der Gesellschaft als beitragstauglich befunden wird.

Von der Sacheinlage zu unterscheiden ist die Sachübernahme (vgl. Art. 628 OR, Marginale «Uebernahme von Vermögenswerten»; Art. 630 Ziff. 1, 631, 636, 638 OR); sie ist aber auch bei Personalgesellschaften möglich. Es handelt sich dabei um entgeltlichen Erwerb einer Sache von einem Gesellschafter, wobei das Entgelt aber nicht in Mitgliedschaftsrechten oder Anteilen am Gesellschaftsvermögen besteht. Eine solche Transaktion fällt unter den Begriff eines synallagmatischen Vertrages zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, wie Kauf, Miete. Soll aber abredegemäß das Entgelt für den Kaufsgegenstand, das Mietobjekt usw. «als Einlage stehen bleiben», so liegt eine sogenannte uneigentliche (nach Wieland «unechte») Einlage vor [10].

Die Abgrenzung ist nicht immer leicht, wenn es an einer ausdrücklichen Bestimmung der Parteien fehlt. Es sind in diesem Falle die Interpretationsmittel anzuwenden, die überhaupt bei der Abgrenzung der gesellschaftlichen von den außergesellschaftlichen Beziehungen in Betracht kommen [11]. In unabgeklärten Fällen spricht die Vermutung für eine gesellschaftliche (mitgliedschaftliche) Beziehung [12].

[9] Pic, Des Sociétés Commerciales, Paris 1908, N. 16.

[10] Düringer-Hachenburg, Bd. II/1, § 171 N. 11; RGZ 63, 267; 17, 37; Wieland, p. 544; Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1924, § 195, II, 1.

[11] Es wird darauf noch näher einzugehen sein, vgl. 2. Teil, 2. Kap.

[12] Siegwart, Vorb. zu Art. 530—51 N. 91; BGE 30 II 521, 43 II 498.

Von Bedeutung sind schließlich die sogenannten gemischten Einlagen, in der französischen Dogmatik als «apport-vente» bezeichnet [13]. Das sind solche, die teils Sacheinlage, teils Sachübernahme gegen Geldauszahlung bzw. Schuldübernahme bilden [14]. Beispiele hiefür: der Einbringer eines ganzen Unternehmens wird zum Teil in Geld ausbezahlt, zum Teil erhält er einen Geschäftsanteil; oder der Inferent eines belasteten Grundstückes bekommt dafür einen Geschäftsanteil, der sich aber durch die Hypotheken reduziert, welche die Gesellschaft übernimmt.

2. Die Sacheinlage kann verschiedene Formen aufweisen:

a) *Ueberlassung zu Eigentum* (quoad dominium), und zwar mangels anderer Abrede zu Gesamteigentum [15]. Der Wille, Gesamteigentum zu übertragen, wird vermutet, wenn vertretbare oder verbrauchbare Sachen oder wenn andere Sachen nach einer bestimmten Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnverteilung vorgenommen wird; ebenso bei Sachen, die in ihrem ganzen Umfang für den Gesellschaftszweck benötigt werden [16]. Soll das Gesamteigentum nicht alle Gesellschafter umfassen, so besteht in Wirklichkeit eine Untergesellschaft, welche ihr Gesamtgut der Obergesellschaft zum Gebrauch überläßt [17]. — Miteigentum muß besonders abgemacht sein.

[13] Escarra, p. 135.

[14] Staub-Hachenburg, GmbH-Gesetz, Berlin 1926/27, § 5 N. 33/34; Simon, p. 63.

[15] Vgl. unten II hernach.

[16] Wieland, p. 540; Siegwart, Art. 531 N. 6; Wespi, p. 48.

[17] Haab, Art. 652/54 N. 40; Siegwart, Art. 530 N. 2; Art. 531 N. 6; anderer Meinung: ZBGR Bd. 10, p. 96.

b) *Ueberlassung zum Verfügungsrecht der Gesellschaft*, ohne Eigentumsübertragung. In diesem Fall behält der Inferent das Verfügungsrecht nach außen, ist aber intern gebunden, davon nur für die Zwecke der Gesellschaft Gebrauch zu machen [18].

c) *Ueberlassung zum Gebrauch* (quoad usum). Das Gebrauchsrecht kann ein der Miete oder Pacht entsprechendes Verhältnis begründen. Wenn die Gesellschafter deutlich den Willen bekunden, bloßes Miteigentum zu begründen oder ein schon bestehendes Miteigentum fortdauern zu lassen, so bedeutet dies nur die Ueberlassung sämtlicher Miteigentumsteile zum Gebrauch, eventuell zur Verfügung [19].

d) *Ueberlassung zu Pfandzwecken* ist ähnlich einer Pfandstellung durch einen Dritten. Der Gesellschafter gestattet, daß die Gesellschaft die Sache zur Sicherung von Krediten benützt [20].

II. DIE GESELLSCHAFTLICHE GESAMTHAND

Das Wesen der (deutschrechtlichen) umstrittenen Gesamthand liegt in der vermögensrechtlichen Wirksamkeit einer

[18] Näheres weiter unten; III, 4: Ueberlassung des Verfügungsrechtes; vgl. p. 42 f.

[19] Vogelsang, p. 123; Siegwart, Art. 531 N. 7; BGE 46 III 84. Näheres weiter unten in § 5, p. 51 ff.

[20] Siegwart, Art. 531 N. 6; ZBJV Bd. 23, p. 56.

personenrechtlichen Gemeinschaft [21]. Die drei Personengesellschaften des OR sind — im Gegensatz zum alten OR — ex lege Gesamthandschaften (OR 544^{I}, 557^{II}, 598^{II}), d. h. die Berechtigungen der Mitglieder sind Gesamtberechtigungen, wodurch individualrechtliche Verfügungen des einzelnen Gesellschafters über das werbende Vermögen der Gesellschaft, sowie ein Zugriff seiner Privatgläubiger darauf, ausgeschlossen wird. — Hinsichtlich der von einem Gesellschafter einzubringenden Sachen haben aber die Beteiligten die Wahl, ob der Inferent Alleineigentümer der Einlagen bleiben und sie den übrigen Gesellschaftern nur zu Gesellschaftszwecken vermieten bzw. verpachten will oder ob sie ins Eigentum aller Gesellschafter übergehen sollen (OR 531^{III}). In letzterem Falle besteht bei der einfachen Gesellschaft ein weiteres Wahlrecht zwischen Gesamt- und Miteigentum aller Gesellschafter. Das Vermögen der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ist hingegen notwendigerweise Gesamteigentum [22].

Wählen bei der einfachen Gesellschaft die Beteiligten vertragsmäßig Einbringung zu Miteigentum, so ergibt sich in der Folge, daß kein eigentliches gesellschaftliches Eigentum entsteht, sondern nur eine Ueberlassung sämtlicher Miteigentumsanteile des Inferenten quoad usum an die Gesellschaft bzw. quoad sortem, d. h. zum Verfügungsrecht [23]. Die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch wird

[21] Gierke—Gen.theorie, p. 342 ff., 436, 450 ff.; ders. in: Deutsches Privatrecht (Leipzig, 1895) Bd. 1, p. 674 ff.; Wieland, p. 609.
Schumann, p. 129, definiert: «Die Gesamthand ist eine regelmäßig zweckgebundene, vom Zusammenhandeln der Beteiligten getragene Personenvereinigung mit einem Sondervermögen zu gebundener, auch anteilsmäßig nicht verfügbarer Machtberechtigung.»

[22] Vgl. hiezu: III, 1, p. 36 ff. unten; v. Arx, p. 84 f.

[23] Vgl. hiezu: III, 4, p. 42 f. unten.

aber als nicht zulässig erachtet[24]. Ob ein Miteigentum im Sinne einer Ueberlassung zum Gebrauch oder zur Verfügung bei einer Kollektivgesellschaft zulässig sei, ist streitig[25].

Die personenrechtliche Gesamthand ist eine Rechtsgemeinschaft mit unverfügbaren Anteilen. Die gesamthafte Berechtigung bezieht sich auf alle eingebrachten Vermögensbestandteile, namentlich auch auf Forderungen, wodurch selbst bei der einfachen Gesellschaft eine Art Sondervermögen entsteht[26]. Freilich ist dieses nicht so scharf vom Privatvermögen der Gesellschafter getrennt wie bei der Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft, welche beide unter ihrer Firma als formelle Einheiten dastehen.

Die Verpflichtungen sind dagegen nach außen nicht als Gesamtschulden behandelt, sondern als solidarische (OR 544III), bzw. als subsidiäre solidarische bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (OR 568/605).

Die für die gesellschaftliche Gesamthand geforderte Ordnung der Beteiligten am Vermögen, an dessen Genuß und Verwaltung, wird durch den Gesellschaftsvertrag und die ihn ergänzenden Gesetzesnormen erzeugt.

Die Wirkung der Gesamtberechtigung äußert sich im Gesamtbesitz der Gesellschafter oder im unmittelbaren Mitbesitz bzw. Einzelbesitz, je nach der tatsächlichen Ausübung[27]. Im Grundbuch sind die Grundstücke bei der einfachen Gesell-

[24] Wieland, p. 541 N. 14; Siegwart, Art. 531 N. 7; Vogelsang, p. 123; Flachsmann, p. 29; anderer Meinung: Mangold, p. 15 f.

[25] Siegwart, Art. 531 N. 7; anderer Meinung sind: Flachsmann, p. 15; Haab, in ZBJV Bd. 61, p. 311.

[26] Rupprecht, p. 12, will es — de lege ferenda — analog dem Liechtenstein. PGR Art. 660 als Gesellschaftsvermögen bezeichnen. Dazu auch: Müller, p. 15 ff.

[27] Homberger, Art. 919 N. 12; Art. 922 N. 18.

schaft auf den Namen sämtlicher Gesellschafter, bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft auf die Firma [28] eingetragen. Daneben kann sich aber die einfache Gesellschaft auch irgendwelche Phantasiebezeichnungen geben. Auf solche kann auch der Eintrag ihrer Grundstücke im Grundbuch erfolgen, aber unter gleichzeitiger Angabe der Art der Gesellschaft [29]. Dies aber nur, wo die Eintragung auf den Namen sämtlicher Gesellschafter aus besonderen Verhältnissen untunlich ist (z. B. große, häufig wechselnde Mitgliederzahl).

Eine Eintragung nach Quoten oder eine Verfügung über solche, selbst mit Zustimmung der Mitgesellschafter, ist unzulässig und wirkungslos [30]. Verfügungen über das Gesamteigentum haben von allen Gesellschaftern gemeinsam oder von einem Vertretungsberechtigten (Geschäftsführer) auszugehen. Sonst sind sie als Verfügungen eines Nichteigentümers zu behandeln [31]. Auch die Prozeßführung ist wie eine Verfügung zu behandeln [32]. — Die Prozeßführung und die Betreibung erfolgen bei der einfachen Gesellschaft für bzw. gegen alle Gesellschafter, bei den beiden andern Gesellschaften jedoch unter ihrer Firma [33].

[28] Art. 31 IV GVO; Flachsmann, p. 21, 22.

[29] Dies läßt sich aus Art. 31 IV GVO folgern.

[30] Siegwart, Art. 530 N. 43; do., Art. 544 N. 12; Haab, Art. 652/54 ZGB N. 23/25/43; Leemann, Art. 652 N. 21/22; Guhl, «Gesamthandverhältnisse und deren grundbuchliche Behandlung», in ZBJV Bd. 53, p. 10 f.; Leemann, H., «Aenderungen am Grundeigentum nach dem Gemeinschaftsrecht», in SJZ, Bd. 13, p. 102; Möhle, p. 48, für das deutsche Recht.

[31] Siegwart, Art. 544 N. 12; Haab, Art. 652/54 N. 18.

[32] Gysler, p. 11; BGE 24 II 854.

[33] Siegwart, Vorb. zu Art. 530—51 N. 17, 98, 119, 121.

III. DER VOLLZUG DER EINBRINGUNG

Der Vollzug der Einbringung erfolgt durch Uebertragung der Rechtszuständigkeit am Gegenstand der Einlage auf die Gesellschaft. Daß die Illation nicht als Kauf zu betrachten ist, wurde bereits vermerkt [34]. Es handelt sich aber jedenfalls um ein Veräußerungsgeschäft, die Uebertragung erfolgt in den gewöhnlichen Formen eines solchen als Uebereignung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache, Zession einer Forderung oder eines Namenpapieres, Indossierung eines Ordrepapieres, Uebertragung des Vollrechts an einem Immaterialgut («geistiges Eigentum», wie Patent, Urheber- oder Musterrecht), schließlich Uebergabe eines Inhaberpapieres. Bei Einbringung eines ganzen Unternehmens ist für die Uebertragung der einzelnen Geschäftsbestandteile die jeweilige Form zu erfüllen [35].

1. Uebertragung von Grundstücken zu Gesamteigentum

Während bei der einfachen Gesellschaft vertraglich die Gesellschafter Miteigentum am Gesellschaftsvermögen begründen können, ist das Vermögen der Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft notwendigerweise Gesamteigentum [36].

Das Gesamteigentum an Liegenschaften entsteht mit dem Grundbucheintrag (ZGB 971[1]), unter Bezeichnung «der Art

[34] Vgl. hiezu p. 22 f. oben.

[35] Giger, p. 43 ff.; Siegwart, Art. 531 N. 24 ff.

[36] Haab, in ZBJV Bd. 61, p. 311; Hartmann, Art. 562 N. 21; nach Siegwart, Art. 562 N. 2, können dagegen die Gesellschafter wohl vereinbaren, daß an Vermögensgegenständen, die dem Gesellschaftszweck dienen sollen, Miteigentum bestehe; diese Gegenstände gelangen dann aber nicht in das Eigentum der Gesellschaft, sondern nur in die Nutzung der einzelnen Miteigentumsanteile der Gesellschafter.

der Gesellschaft» (GVO 31^{IV}). Der Eintrag der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft ins Handelsregister ist nicht Voraussetzung der grundbuchlichen Eintragungen [37].

Zur Frage, ob die Einbringung einer Liegenschaft in die Gesellschaft, welche mit einem Vorkaufsrecht belastet ist, einen *Vorkaufsfall* bilde, ist zu bemerken: Im Zweifel löst nur ein Verkauf den Vorkaufsfall aus. Andere obligatorische Umsatzgeschäfte, wie Tausch, Verpfründungsvertrag, bilden jedenfalls dann keinen Vorkaufsfall, wenn die Gegenleistung derart gestaltet ist, daß sie nur vom Erwerber, nicht auch vom Vorkaufsberechtigten erfüllt werden kann [38]. — Dies wird um so mehr bei der Illation in eine Personengesellschaft der Fall sein, da sie sogar zwischen den Mitgliedern ein Dauerverhältnis mit unbeschränkter Schuldenhaftung schafft. Vorbehalten bleibt aber der Nachweis durch den Vorkaufsberechtigten, daß die Einbringung in die Gesellschaft ein Umgehungsgeschäft bildet.

Die Einbringung eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder wesentlicher Teile davon sind nicht als «Verkauf» im Sinne des Art. 6 des «BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951» zu behandeln, wenn nicht Simulation nachgewiesen werden kann [39].

Nutzen und Gefahr gehen — gemäß Art. 531^{III} OR — analog zum Kaufrecht über, obschon es sich um keinen wirklichen Kauf handelt. Ist also für die Uebernahme des Grundstückes ein bestimmter Zeitpunkt verabredet, «so wird ver-

[37] Haab, Art. 652/54 N. 25; Haab, in ZBJV Bd. 61, p. 311; Siegwart, Art. 531 N. 10.

[38] Leemann, Art. 681 N. 46—48; Becker, Art. 216 N. 11; Oser, Art. 216 N. 29; Guhl, p. 253; Flachsmann, p. 30.

[39] Jost, Handkommentar zum BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes, 1953, Art. 12 N. 5.

mutet, daß Nutzen und Gefahr erst mit diesem Zeitpunkt auf den Käufer — hier die Gesellschaft — übergehen» (OR 220).

Auch auf die *Gewährleistungspflicht* kommen gemäß Art. 531III OR die «Grundsätze des Kaufvertrages» zur entsprechenden Anwendung. Aus den Kaufrechtsnormen kann entnommen werden, was Eviktion bedeutet (OR 192) und was Sachmängel sind (OR 197), ferner die Wegbedingbarkeit der Haftung für Sachmängel (OR 199) und die Nichthaftung für Mängel, die dem Erwerber bekannt waren (OR 200). — Einige Besonderheiten ergeben sich aber aus dem eigenartigen Zweck der Illation und aus den Grundsätzen des Gesellschaftsrechtes. Der Umfang des Verschuldens des Inferenten bemißt sich nach Gesellschaftsrecht: er haftet nicht für omnis diligentia, sondern nur für diligentia quam in suis (OR 538I)[40].

Zu beachten ist ferner, daß schon bloßes Verschweigen bekannter Mängel bei der Illation infolge des besonderen Vertrauensverhältnisses (römisch-rechtliche «fraternitas»)[41] als Betrug des Inferenten anzusehen ist. — Zur Anfechtung des Illationsvertrages wegen Täuschung genügt schon Kenntnis des Betruges seitens eines einzigen Gesellschafters [42].

Die kaufsrechtliche Ordnung trifft im weitern nicht zu für die Folgen der Gewährleistungspflicht, für die Wandlung und Minderung (OR 205, 208, 209). — Die Lehrmeinungen gehen in diesem Punkte auseinander. Die deutsche Doktrin will im wesentlichen die Wandlung so durchgeführt wissen, daß der Inferent an Stelle der beanstandeten Sache eine entsprechende

[40] Bei Siegwart, Art. 531 N. 9, nicht hervorgehoben; doch wird mit Recht in Art. 538 N. 8 betont, daß schon das Verhalten bei der Entstehung des Vertrages nach Art. 538 OR zu beurteilen sei. — Vgl. dazu: BGE 24 II 855.

[41] Hartmann, Art. 557 N. 2; Gloor, p. 12; Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, § 109 Anm. 1; Hueck, p. 120 ff.

[42] Siegwart, Art. 530 N. 58; do. Art. 531 N. 9; BGE 20, 592.

Geldleistung beizutragen habe; im Falle der Minderung hat er ein Aufgeld auf den Minderwert einzuzahlen [43].

Nach schweizerischer Auffassung entspricht gesellschaftsrechtlich dem Minderungsanspruch beim Kauf eine positive Schadenersatzleistung; wenn mit einer solchen der Gesellschaft nicht gedient ist, Ersatz der minderwertigen durch eine andere Leistung, eventuell durch eine entsprechende Kürzung der Rechte des Gesellschafters bzw. Erhöhung der Rechte der andern Gesellschafter. Der Wandlung entspricht hingegen grundsätzlich das rückwirkende Dahinfallen der ganzen Gesellschaft; soweit das aber nicht tunlich ist, die Auflösung ex tunc [44]. — Im übrigen ist auf die einschlägigen Ausführungen des 2. Teiles (§ 21 unten) dieser Arbeit zu verweisen.

2. Uebertragung von Fahrnis zu Gesamteigentum

Die Einbringung vollzieht sich durch Uebertragung der unmittelbaren Herrschaft an den oder die Geschäftsführer, wodurch Gesamteigentum entsteht, unabhängig von der Erfüllung der gesellschaftlichen Pflichten durch die andern [45]. Ohne äußerlich sichtbaren Vorgang entsteht Gesamtbesitz, wenn der Geschäftsführer selber der Inferent ist oder wo Besitz ohne Uebergabe erworben werden kann (Besitzanweisung, Besitzkonstitut, Warenpapiere: Art. 924/25 ZGB).

Für sämtliche Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft finden die Grundsätze über gutgläubigen Erwerb Anwendung (ZGB 933/34), obschon es sich

[43] RGR-Kommentar zu BGB § 706 N. 3; Düringer-Hachenburg, Bd. II/1,

[44] Siegwart, Art. 531 N. 9; do. Vorbem. N. 118; Wespi, p. 53; Von der Weid, p. 55. — Fraefel, p. 46; Bl.HE Bd. 4, p. 118.
Allg. Einl., Anm. 60.

[45] BGE 39 II 750.

nicht um volle Eigentumsübertragung handelt, denn der Uebertragende partizipiert ja am Gesamteigentum. Doch müssen alle Gesellschafter, den Inferenten eingeschlossen, gutgläubig sein [46]. Eigentumsvorbehalt seitens des Inferenten, z. B. bis zur Illation der andern Gesellschafter, ist zulässig. Der zugunsten Dritter am Eingebrachten bestehende Eigentumsvorbehalt wirkt auch gegenüber der Gesellschaft [47].

In bezug auf die Gefahrstragung und Gewährleistung ist auf das unter 1. Gesagte zu verweisen.

3. Uebertragung von Sachen zu Miteigentum

Wird das Eingebrachte unter Miteigentum gestellt, so kann der Inferent als Miteigentümer über seinen quotenmäßigen Anteil wie über eine selbständige Sache verfügen. Es liegt also kein eigentliches gesellschaftliches Eigentum vor, vielmehr eine Rechtsgemeinschaft mit verfügbaren Anteilen. Der Miteigentumsgesellschafter kann z. B. den ihm zustehenden Anteil an einem gesellschaftlichen Warenlager rechtsgültig an Dritte veräußern. Seine Verfügung ist sachenrechtlich unanfechtbar [48]. Im Innenverhältnis wird er sich aber für eine solche Verfügung den Mitgesellschaftern gegenüber verantwortlich machen, wenn er dabei seine Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag verletzt. Erschwert er dadurch die Erreichung des Gesellschaftszweckes oder stellt er diesen gar in Frage, so kann sich daraus ein Auflösungsgrund ergeben [49].

[46] Siegwart, Art. 531 N. 9; dagegen: Wieland, p. 645 (für die Kollektivgesellschaft genüge der gute Glaube des erwerbenden Vertreters).

[47] Siegwart, Art. 531 N. 8; ZBJV Bd. 66, p. 20.

[48] Hartmann, Art. 562 N. 21; Siegwart, Art. 562 N. 2.

[49] Siegwart, Art. 531 N. 7; Vogelsang, p. 43.

Was den Zugriff der Privatgläubiger eines Gesellschafters auf gesellschaftliche Miteigentumsanteile betrifft, hat sich das Bundesgericht bereits unter dem alten OR für die freie Pfändbarkeit solcher ausgesprochen [50]. — Auch nach geltendem OR, welches in Art. 545 Ziff. 3 die Anteilspfändung ausdrücklich als Auflösungsgrund vorsieht, wendet das Bundesgericht diese Bestimmungen nur auf gesamthänderische, nicht auf Miteigentumsgesellschaften an. — Die «Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen» vom 17. Jan. 1923 (VAG) nimmt Gesellschaftsvermögen einfacher Gesellschafter mit Miteigentum von der Bestimmung des Art. 545 Ziff. 3 aus, wonach nur der Liquidationsanteil gepfändet werden kann. Solche Miteigentumsanteile können somit direkt gepfändet und ohne vorherige Liquidation verwertet werden [51].

Dem entspricht auch die freie (vertragliche) Verpfändbarkeit des Miteigentumsanteiles, sofern damit nicht ein unzulässiger Eingriff in das Recht der übrigen Miteigentümer verbunden ist.

Eine eigenartige Verbindung der beiden Formen gemeinschaftlichen Eigentums entsteht, wenn ein einzelner Miteigentumsanteil in gesellschaftliches Gesamteigentum oder Gesamtberechtigung übergeführt wird [52]. Umgekehrt kann die Liquidation der Gesellschaft durch Umwandlung des Gesamteigentums in Miteigentum der Gesellschafter vollzogen werden [53].

[50] BGE 37 II 136 gegen Hafner (Zürich, 1905), Art. 544 Anm. 2, und Düringer-Hachenburg, Bd. II/1, N. 310; ZBJV Bd. 47, p. 335.

[51] BGE 46 III 86, 54 III 96.

[52] BGE 55 III 5; Siegwart, Art. 531 N. 17.

[53] Bei Grundstücken ist hiefür öffentliche Beurkundung gefordert.

4. Ueberlassung des Verfügungsrechtes

Ohne Eigentumsübertragung kann der Inferent der Gesellschaft das Recht überlassen, über die einzelnen eingebrachten Gegenstände zu verfügen (Illation quoad sortem)[54]. Er behält in diesem Falle das Verfügungsrecht nach außen, ist aber intern gebunden, keine individuellen Verfügungen, sondern nur die von der Gesellschaft verlangten vorzunehmen. Nutzen und Gefahr gehen auf die Gesellschaft über [55].

Nach innen wird die Einlage so behandelt, als wäre sie zu Gesamteigentum eingebracht worden. Auch wenn die Gesellschafter als Miteigentümer eingetragen sind, hat keiner das Recht, während 10 Jahren die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen (Art. 650^{II} ZGB). — Im Illationsvertrag oder durch besondere Vollmacht kann die Gesellschaft zur Vornahme dinglicher Verfügungen ermächtigt werden. Der Vertrag bedarf dazu, auch wenn Liegenschaften in Betracht kommen, nicht der öffentlichen Beurkundung, ebensowenig wie die Vollmacht [56]. — Diese Vollmacht kann unwiderruflich erteilt werden. Wenn nämlich Art. 34^{II} OR den Verzicht auf den Widerruf ausschließt (im Gegensatz zu § 168 BGB), so wurde dies im Hinblick auf Art. 20 OR getan. Wo keine Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit vorliegt, ist also der Verzicht auf den Widerruf gültig [57]. Trifft diese Vorschrift nicht zu, ist

[54] Meist wird hiemit bezweckt, Handänderungsgebühren und andere Kosten zu ersparen.

[55] Wieland, p. 541, 589 (Anm. 22); Haab, Art. 652/54 N. 32; BGE 31 II 632; Positiv-rechtlich §§ 706 II und 732 BGB. Hat z. B. die Gesellschaft die Versicherungsprämie bezahlt, so ist die Versicherungssumme zum Wiederaufbau zu verwenden und der Neubau zum Gebrauche der Gesellschaft zu überlassen (Wieland, p. 541 Anm. 12).

[56] Wieland, p. 541/42; Haab, Art. 652/54 N. 32; Flachsmann, p. 25/44; Von der Weid, p. 65.

[57] Oser, Art. 34 N. 8; Becker, Art. 34 N. 4; v. Tuhr, Hbd. I, p. 318 Anm. 62.

demnach der Verzicht auf den Widerruf zugelassen. Insbesondere ist dies der Fall, wo dem Bevollmächtigten selbständige, verfolgbare Rechte erwachsen. Gerade das trifft aber bei der Gesellschaft zu, weil diese zur Vornahme dinglicher Verfügungen in ihrem eigenen Interesse ermächtigt wird, wenn auch mittelbar zugleich im Interesse des Inferenten (procurator in rem suam).

Zur Deckung von Verlusten kann die Sache verwertet werden, solange sie nicht von den Privatgläubigern erfaßt wurde. Bei Beendigung der Gesellschaft verbleibt die noch vorhandene Sache dem Gesellschafter, der ja nicht aufgehört hat, Eigentümer zu sein [58].

Das Risiko, welches die Gesellschaft auf sich nimmt, besteht demnach darin, daß die Privatgläubiger des Inferenten z. B. auf Grundstücke quoad sortem greifen können, ohne daß die Gesellschaft durch ein Aussonderungsrecht davor geschützt wäre, da sie weder auf ihr fiduziarisches Rechtsgeschäft noch auf Simulation sich berufen kann. Im erstern Fall muß nämlich das Publizitätsprinzip und die Rechtskraft des Grundbuches gewahrt bleiben [59], im zweiten Fall ist das Rechtsgeschäft ja überhaupt ungültig. Auch die Berufung auf ein hinter dem simulierten verstecktes dissimuliertes Rechtsgeschäft würde der Gesellschaft nicht helfen, da die Rechtskraft des Grundbuches vorgeht.

5. Die Einbringung von Forderungen

Auch Forderungen können den Inhalt der Beitragsleistung ausmachen, sei es für sich allein, sei es zusammen mit andern

[58] Wieland, p. 664 Anm. 23; Siegwart, Art. 531 N. 17.

[59] Wieland, p. 542; Dreyer, Uebersicht über die frz. Rechtssprechung auf dem Gebiet des Handelsrechts, in ZHR Bd. 22, p. 282; RGZ 54, 103.

Vermögensobjekten. Für den Vollzug der Uebertragung an die Gesamthand (Zession) ist einfache Schriftlichkeit vorgeschrieben (OR 165), obschon der Inferent als Gesamthänder weiter an den Forderungen partizipiert [60]. Das Formerfordernis ist erfüllt, wenn der Illationsvertrag als solcher schriftlich abgefaßt ist und schon im Abschluß dieses Vertrages die Einbringung der Forderungen liegt. Ist aber der Illationsvertrag formlos abgeschlossen worden, dann verlangt die Einbringung von Forderungen einfache Schriftlichkeit. Die Urkunde, welche auch die Gesamtheit der inferierten Forderungen umfassen kann, hat die Essentialia der Zession und die Unterschrift des Inferenten aufzuweisen [61].

Die Zession ist auch abstrakt gültig [62]. Der Inferent zediert die Forderungen in der Regel zur Gesamtberechtigung aller Gesellschafter und nicht zum Gebrauch oder zu Pfandzwecken. Die Wirkungen der Uebertragung hinsichtlich Umfang und Gewährleistung richten sich nach Art. 167 ff. OR, obschon die Uebertragung hier als Erfüllung der Beitragspflicht erfolgt [63].

6. Einbringung eines Geschäftes (Unternehmens)

Dieser Fall ist bereits monographisch behandelt, aber nur bezüglich der Einbringung in eine Kollektivgesellschaft [64]. — Hervorzuheben sind folgende Punkte: Art. 181 OR behandelt

[60] Siegwart, Art. 531 N. 26; Wieland, p. 546 ff. — Ueber die Möglichkeit der Zession von zukünftigen Forderungen vgl. BGE 57 II 537; ferner Oser, Art. 164 N. 11. — Die Forderung auf Konkurrenzenthalt als Akzessorium eines übertragenen Unternehmens geht formlos mit über: Siegwart, Art. 531 N. 26; Becker, Art. 164 N. 21.

[61] ZBJV Bd. 44, p. 566; Treadwell, p. 48.

[62] Oser, Vorbem. zu Art. 164—174 N. 6; Guhl, p. 191; BGE 50 II 154, 50 II 393.

[63] Wieland, p. 546; Siegwart, Art. 531 N. 26.

[64] Giger, p. 26 ff.

die «Uebernahme eines Vermögens oder eines Geschäfts» (Marginale) mit Aktiven und Passiven vom Standpunkt der Schuldübernahme aus. Das Geschäft ist kein selbständiger Willensträger, aber auch nicht ein bloßer Sammelname für eine Summe von Einzelverhältnissen, sondern ein in sich geschlossener und vom übrigen (Privat-) Vermögen des Unternehmers ausgesonderter Vermögenskomplex, den auch das OR in Art. 181/82 als solchen anerkennt. — Das ist auch bei der einfachen Gesellschaft der Fall wegen der gesellschaftlichen Gesamthand; hier ist allerdings die Verselbständigung und die Trennung vom Privatvermögen eine relative.

Das Bundesgericht hat bereits im Jahre 1896 die Auffassung des Geschäftes als «universitas facti» anerkannt [65], während das geltende OR es richtiger als «universitas iuris» auffaßt, die auch die Schulden mitumfaßt [66]. — Dem Geschäftsinhaber stehen zudem gewisse geldwerte Güter zu, die bloß von tatsächlicher (nicht juristischer) Bedeutung sind, wie Kundschaft, Kredit, nicht patentierte Erfindungen, Standortswert usw. Sie werden unter der Bezeichnung «Chancen» (auch Façon, Goodwill) zusammengefaßt und bei der Schätzung des Vermögenswertes des Geschäftes mit veranschlagt [67].

Für den *Umfang der Einbringung* sind der Wille und die wirtschaftlichen Ziele der Parteien maßgebend: es brauchen weder sämtliche Objekte noch sämtliche Schulden übertragen zu werden, immerhin aber alles, was das Geschäft als werbendes Unternehmen individualisiert. Die Uebertragung an die Gesellschaft erfolgt nicht «uno actu», wie z. B. beim Erbschaftserwerb, sondern die Illation der einzelnen Bestandteile ist in den gesetzlichen Uebertragungsformen zu vollziehen

[65] BGE 22 II 820 (in Anlehnung an die frz. Doktrin).

[66] Treadwell, p. 3 ff.

[67] Wieland, p. 544; Treadwell, p. 19; Giger, p. 32.

(Grundbucheintrag, schriftliche Forderungsabtretung, Tradition von Fahrnis, kumulative Schuldübernahme).

Der Uebergang der Schulden vollzieht sich im Sinne des Art. 181 OR ipso jure als Wirkung der Geschäftsübernahme, allerdings unter der Voraussetzung, daß «vom Uebernehmer den Gläubigern die Uebernahme mitgeteilt oder in öffentlichen Büchern ausgekündigt worden ist». — Bei den sogenannten Chancen ist eine Uebertragung im juristisch-technischen Sinne nicht möglich. Sie kann nur in Form eines Verpflichtungsgeschäftes erfolgen [68].

7. Einbringung von Immaterialgüterrechten

Als selbständige Rechte dieser Art sind insbesondere anerkannt: Patent-, Muster- und Modellrechte. Gegenstand der Einbringung kann nicht nur das bereits bestehende Recht, sondern auch schon die bloße Idee sein, die Pläne, auf Grund deren die Gesellschaft sich das Recht sichern kann [69].

Die Firma kann nicht isoliert ohne Uebertragung des Geschäftes übergehen. Selbst zusammen mit dem Geschäft kann sie zwar mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des bisherigen Inhabers weitergeführt werden, aber nur mit einem Zusatz, der den neuen Inhaber kenntlich macht (OR 953) [70].

[68] Giger, p. 33 ff.; 49 ff.; Becker, Art. 164 N. 21; Wiki, p. 12 ff., 36.

[69] BGE 36 II 387, 39 II 749; ZBJV Bd. 63, p. 174.

[70] Angenommen Meier und Müller als Komplementäre und Maurer als Kommanditär gründen eine Kommanditgesellschaft, in die Maurer sein unter seinem Namen als Firma betriebenes Schuhgeschäft einbringt. Die Firma der Kommanditgesellschaft kann nun entweder Meier & Co. oder Müller & Co., bzw. Meier, Müller & Co. lauten. Doch darf mit Zustimmung Maurers ein Zusatz aufgenommen werden: «Nachfolger von Maurer, Schuhgeschäft», ferner: «Maurer, Schuhgeschäft, Nachfolger Müller & Co.».

Patent-, Marken-, Muster- und Modell- sowie Urheberrechte können formfrei übertragen werden [71]. — Ihr Uebergang vollzieht sich automatisch mit Eintritt des Uebernahmefalles, das heißt sofort mit Vertragsschluß, wenn der Uebernahmevertrag nicht bedingt oder befristet ist. Der Eintrag im betr. Register hat lediglich Beweisfunktion, indem der gutgläubige Dritte den Eingetragenen für berechtigt halten darf. — Bei Markenrechten gilt dasselbe für den Uebergang mit der Maßgabe, daß die Marke nicht wie die obgenannten andern Rechte für sich allein übertragbar ist, sondern (ähnlich wie die Firma) nur zusammen mit dem Geschäftsbetrieb [72]. — Verbandszeichen können nicht einmal durch Geschäftsveräußerung übertragen werden, da sie dem Verband zustehen und nur mittelbar dem einzelnen Mitglied [73].

IV. BEWERTUNGSFRAGEN

Jeder Gesellschafter hat, soweit er überhaupt Vermögenswerte beiträgt, ein Einlage- oder Kapitalkonto, das von den Konten seiner nichtmitgliedschaftlichen Beziehungen getrennt ist (z. B. vom Kontokorrent-Konto). Eine solche Trennung ist insbesondere unvermeidlich, wenn die Gewinnverteilung vom Verhältnis der Kapitalguthaben der einzelnen Teilhaber abhängt. Sie ist aber auch in andern Fällen empfehlenswert, weil

[71] *Vgl. hiezu:* Art. 9 Patent-Ges. v. 21. Dez. 1928; Art. 4III Muster- und Modell-Ges. v. 21. Dez. 1928; Art. 9 des BG betr. Urheberrechte v. 7. Dez. 1922.

[72] *Vgl. hiezu:* Art. 11 des BG betr. Schutz der Fabrik- und Handelsmarken v. 22. Juni 1939 (Mark.-Ges.).

[73] *Vgl. hiezu:* Art. 7 Ziff. 3 Mark.-Ges. — Zum ganzen Problem vgl. auch: Wiki, p. 33 f.

sie z. B. die Berechnung des zur etwaigen Verlustdeckung zu verwendenden Gewinnes der weitern Jahre erleichtert. Die Bilanz der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft zeigt auf der Passivseite die jeweiligen Kapitalkonten der Gesellschafter; denn diese Gesellschaften haben kein festes Grundkapital wie z. B. die AG. Die Bilanz zeigt die Veränderung gegenüber dem Vorjahr.

Besteht nun die *Einlage nicht in Geld*, so hat der Buchung eine Bewertung voranzugehen. Sie ist auch für Gebrauchseinlagen empfehlenswert, soweit nicht eine Berücksichtigung auf anderer Grundlage erfolgt, wie feste Vergütung, Quote des Gesamtgewinnes usw. Die ziffermäßig festgesetzte Kapitaleinlage schafft keine Quotenberechtigung an der Gesamthand, ist aber bei der Bemessung der Gewinn- und Verlustbeteiligung, des Liquidats, gegebenenfalls auch der Stimmberechtigung, bedeutsam.

Für die Schätzung von *Sacheinlagen* enthält das Gesetz keine Vorschriften. In der Regel wird man vom Verkehrswert ausgehen. Als Zeitpunkt, auf den bei der Bewertung abzustellen ist, gilt nach der einen Meinung die Zeit der Illation [74], nach der andern die Zeit des Gefahrüberganges [75]. Die gesellschaftliche Bewertung ist aber nirgends auf den Zeitpunkt der Gefahrstragung fixiert. Bestritten ist ferner, ob auch Beiträge «quoad sortem» und Leistung von Diensten auf das Kapitalkonto gehören [76]. Doch sind solche Beiträge keine Einlagen, denn sie bilden für den Teilhaber keine Vermehrung seines buchmäßigen Aktivvermögens. Immerhin liegt es im Rahmen der Vertragsfreiheit, auch Dienstleistungen mit bestimmten Beträgen als Einlage anzurechnen.

[74] Siegwart, Art. 548 N. 38; Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, Art. 337 N. 4.

[75] Wespi, p. 50.

[76] *Dafür:* Wieland, p. 775; Hartmann, Art. 560 N. 4. *Dagegen:* Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, Art. 337 N. 4; Wespi, p. 51.

Seitens Dritter, z. B. Gläubiger, kann weder eine zu hohe noch eine zu tiefe Bewertung angefochten werden. Eine Anfechtung des festgesetzten Schätzungswertes seitens eines Gesellschafters ist nur bei Irrtum möglich [77].

Eine Besonderheit besteht immerhin bei der *Kommandite*. Da der Kommanditär in dem Maße von der Haftung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber (mit der eingetragenen Kommanditsumme) befreit wird, als er die Kommanditeinlage in die Gesellschaft geleistet und nicht wieder zurückgezogen hat (OR 610^{II}), steht den Gläubigern «der Nachweis offen, daß der Wertansatz von Sacheinlagen ihrem wirklichen Wert im Zeitpunkt ihres Einbringens nicht entsprochen hat» (OR 608^{III}). Auch Geschäftsschulden, die der Kommanditär während des Bestehens der Gesellschaft tilgt, befreien ihn von seiner Haftung (sie werden ihm intern als geleistete Kommandite zugerechnet), soweit für die Gesellschaft eine entsprechende Vermögensvermehrung stattgefunden hat. Das gleiche gilt für Arbeitsleistungen als Beitragsleistung, die für die Gesellschaft einen positiven Vermögenswert darstellen. — Die Befreiung des Kommanditärs von seiner Haftung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber tritt immer nur insoweit ein, als der Gesellschaft, objektiv betrachtet, eine Leistung zugeflossen ist, die dem Werte nach dem in Geld ausgedrückten Betrag entspricht [78].

Einbringungen nur zum Gebrauch werden gewöhnlich nicht angerechnet, sondern in anderer Weise berücksichtigt, z. B. in der Form einer festen Vergütung, einer bestimmten Quote des Gesamtgewinnes. Es steht aber nichts im Wege, auch solche Einbringungen kapitalmäßig zu veranschlagen,

[77] Von der Weid, p. 71.

[78] Siegwart, Art. 610/12 N. 2 ff.; Hartmann, Art. 608 N. 13 ff.; Wieland, p. 763; Weipert in RG-Komm. z. HGB § 161 N. 17.

z. B. zum Zwecke der Verzinsung und Gewinnverteilung, wenn auch nicht der Liquidation. — Das gleiche gilt von Arbeitsbeiträgen, wenn ihre Kapitalisierung ausdrücklich vereinbart ist [79].

[79] Wieland, p. 544, 558; Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, § 120 N. 6.

3. KAPITEL

GEBRAUCHSLEISTUNGEN

§ 5 NUTZUNGS- UND GEBRAUCHSRECHTE

I. GRUNDSÄTZLICHES

Es handelt sich um Einlagen, an denen die Gesellschaft nur Nutzungs- und Gebrauchsrechte erhält, während die Substanzrechte dem Einleger verbleiben. Dieser erhält als Entgelt Mitgliedschaftsrechte. Es eignen sich zu solchen Beitragsleistungen naturgemäß nur Gegenstände, die einen Gebrauchswert haben und weder verbrauchbar noch zum Verkaufe (Umsatz) bestimmt sind [1]. An verbrauchbaren Sachen kann nur eine Art von (nicht synallagmatischen) Quasi-usus-fructus begründet werden.

Inhalt und Umfang der Nutzungs- und Gebrauchsrechte sollten möglichst genau und ausführlich im Illationsvertrage geregelt sein, da das Gesetz dafür keine detaillierte Normen aufstellt. Oft ist bei ungenauer Fassung des Vertrages schon fraglich, ob Uebereignung oder aber Gebrauchsüberlassung

[1] Art. 531 OR stellt darauf ab, ob eine Sache zu *Eigentum* oder nur zum *Gebrauch* zu überlassen sei. Wie aber oben ausgeführt wurde, gibt es noch ein Drittes: die Ueberlassung einer Sache zur *Verfügung der Gesellschaft* (quoad sortem), wobei die Sache Eigentum des Gesellschafters bleibt, solange die Gesellschaft nicht über sie verfügt. Letzterer Fall kann z. B. Waren betreffen (Einlage eines Warenlagers, welches der Gesellschafter der Gesellschaft zur Verfügung stellt).

gemeint sei. Als Indiz für den bloßen Gebrauch kann z. B. angesehen werden, daß keine Grundbuchänderung vorgesehen ist oder ein schon bestehendes Miteigentum fortbestehen bleibt. Dies bedeutet die bloße Ueberlassung sämtlicher Miteigentumsanteile zum Gebrauch, eventuell zur Verfügung. Hingegen spricht die Vornahme einer Schätzung für den Uebereignungswillen, wenn sie offenbar nicht bloß für eine Gewinnverteilung dient [2].

Auch die Abgrenzung gesellschaftlicher gegenüber außergesellschaftlichen Miet- und Pachtverträgen kann Schwierigkeiten bereiten. Indizien für außergesellschaftliche Verträge, bei denen also der Gesellschafter nur als Dritter mit der Gesellschaft Abreden trifft, sind z. B. die gänzliche Unabhängigkeit der Nutzung von der Dauer der Gesellschaft, die Abmachung nur mit dem Geschäftsführer allein, die Festsetzung periodischer oder einmaliger Zahlungen für den Gebrauch, die Sicherung des Rückforderungsanspruches durch Pfand [3]. — Doch kann in Verträgen auch von Mietzins die Rede sein [4] oder von Verkauf an die Gesellschaft [5] und trotzdem nur eine gesellschaftliche Einlage gemeint sein [6].

[2] Siegwart, Art. 531 N. 7; Vogelsang, p. 43; Wespi, p. 48.

[3] BGE 39 II 543.

[4] BGE 30 II 521.

[5] ZBJV Bd. 46, p. 143.

[6] Siegwart, Art. 531 N. 2; Wieland, p. 596. — Wenn das Entgelt für solche synallagmatische Gebrauchsüberlassung «als Einlage stehen gelassen werden soll», so sind das sog. *«uneigentliche Einlagen»*, die, was die Bewertungsvorschriften betrifft, als Sacheinlagen zu behandeln sind. Vgl. hiezu: oben, p. 28 ff.

II. WIRKUNGEN

Die Wirkungen der Gebrauchsüberlassung sind nach Analogie des Miet- und Pachtvertrages zu behandeln, wo das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht, wie bei der Gewährleistung und der Gefahrstragung (OR 531). — Das Mietrecht — auf welches Art. 531^{III} OR hinweist — enthält keine ausdrückliche Bestimmung über die Gefahrstragung [7]. Doch ist auf Grund der allgemeinen Vertragsnormen klar, daß der Vermieter als Eigentümer der Mietsache vor und nach der Uebergabe die Gefahr des zufälligen Unterganges trägt, daß also kaufrechtliche Grundsätze hier keine Anwendung finden können.

Demnach trägt der Einbringer als Eigentümer der Sacheinlagen (quoad usum) die Gefahr des zufälligen Unterganges. Die Gesellschaft wird von der Rückgabepflicht befreit. Sie trägt hingegen die Gefahr, was die Nutzung der Sache anbelangt. Sie verliert ihre Forderungen auf Gewährung der Nutzung, wenn die Leistung ohne Verantwortlichkeit des Inferenten unmöglich wurde (OR 119^{I}) [8].

Anders wenn es sich um eine dem Quasi-usus-fructus nahestehende Art handelt, wo die Gesellschaft Eigentümerin der Einlage quoad usum wird [9]: hier trägt die Gesellschaft die Gefahr des zufälligen Unterganges der Einlage, weil sie durch den Illationsvertrag die Rückgabepflicht bei Auflösung übernommen hat. Wegen eines solchen zufälligen Unterganges kann die Gesellschaft nur aufgelöst werden, wenn ihr Zweck dadurch nicht mehr erfüllbar ist (OR 545, Ziff. 1); ein wich-

[7] Siegwart, Art. 531 N. 20, berücksichtigt dies nicht!

[8] Oser, Art. 254 N. 9; Becker, Art. 254 N. 13.

[9] Positiv-rechtlich geordnet im frz. Code Civil, Art. $1851^{II/III}$.

tiger Grund zur Auflösung kann auch nach Art. 545, Ziff. 7, OR gegeben sein [10].

Nicht anwendbar sind die Bestimmungen über die Sorgfaltspflicht und Verletzung derselben (OR $261^{I/II}$, 282). Nichtanwendbar sind ferner die Mietzinsbestimmungen sowie das damit zusammenhängende Retentionsrecht (OR 262/265; 272—274/286) [11]; ebensowenig die Zulässigkeit der Untermiete oder Unterpacht und des Zinsnachlasses bei Elementarereignissen (OR 264/289; 287).

III. INSBESONDERE GEWÄHRLEISTUNGSPFLICHTEN BEI DER EINBRINGUNG VON GEBRAUCHS- UND NUTZUNGSRECHTEN

Nachfolgend nur — des Zusammenhanges wegen — einige Richtlinien [12]: Art. 531^{III} OR erklärt die Grundsätze des Mietvertrages auf die Gewährleistungspflicht analog anwendbar. Sie ist in Art. 254 ff. OR geordnet, und zwar sowohl für Sachmängel (OR 254—57) wie für Rechtsmängel (OR 258). Im Unterschied zum Kauf haben Vermieter und Verpächter allfällige Sachmängel, gleichgültig ob sie schon von Anfang an vorhanden waren oder erst im Laufe der Zeit eintraten, auf ihre Kosten beheben zu lassen, nachdem ihnen Mieter oder Pächter — hier die Gesellschaft — hievon Anzeige gemacht haben (OR 265^{II} bzw. 278).

[10] Oser, Art. 71 N. 5; Guhl, p. 53.

[11] Im Unterschied zum sachenrechtlichen Retentionsrecht des Art. 895 ZGB, das jedem Gläubiger zusteht; SJZ Bd. 29, p. 10.

[12] Da die Gewährleistungspflicht des Inferenten in engem Zusammenhang mit seiner Erfüllungspflicht und deren Verletzung steht, wird im 2. Teil dieser Arbeit ausführlich darauf zurückzukommen sein!

Läßt der Vermieter die erforderlichen Reparaturen nicht binnen angemessener Frist vornehmen, so kann der Mieter von sich aus, bei weniger bedeutenden Mängeln sogar ohne besondere richterliche Ermächtigung, auf Kosten des Vermieters Abhilfe schaffen [13]. Seinerseits muß der Mieter auch gestatten, daß der Vermieter bestanderhaltende Ausbesserungen am Mietgegenstand vornehme, doch kann der Mieter bei Beeinträchtigung seiner Rechte aus dem Mietvertrag Schadenersatz beanspruchen (OR 256[I]). Kleine Reparaturen, insbesonders durch den Gebrauch der Mietsache veranlaßte oder die zum gewöhnlichen Unterhalt der Pachtsache gehören, haben Mieter und Pächter auf eigene Kosten zu besorgen (OR 263[II], 284).

Diese Unterhaltsbestimmungen, soweit sie den Vermieter (Verpächter) treffen, sind nicht anwendbar, da der Gesellschafter für die Ueberlassung keinen Mietzins bzw. Pachtzins erhält, der wirtschaftlich die Unterhaltskosten mit einschließt [14].

Der Gegensatz zum Kauf macht sich auch bei der Rechtsgewährleistung geltend. Vom Falle, daß Dritte Eigentums- oder dingliche Rechte geltend machen, die schon vor Abschluß des Miet- bzw. Pachtvertrages bestanden haben, ist bei Miete und Pacht der Fall zu unterscheiden, wo Dritte erst nach Abschluß des Miet- und Pachtvertrages Eigentums- oder andere dingliche Rechte am Miet- oder Pachtobjekt erwerben [15]. Nach dem Grundsatz «Kauf bricht Miete» muß nämlich der Mieter oder Pächter — gegen Schadenersatz — auch solchem Drittrecht weichen (OR 259[II], 260, 281[II], 282), soweit er nicht durch eine Grundbuchvormerkung geschützt ist

[13] BGE 61 II 37.

[14] Hueck, p. 131.

[15] Oser, Art. 259 N. 8 ff.; Art. 260 N. 4 ff.; Guhl, p. 273/74.

(OR 260[I], 282; ZGB 859). Diese Bestimmungen, die durch den synallagmatischen Interessengegensatz und die Schutzbedürftigkeit der Parteien begründet sind, eignen sich nicht zur Anwendung auf Illationsverträge [16].

Da die Rechtsfolgen der Gewährleistungspflicht [17] auf den Inferenten trotz Art. 531 OR für das Gesellschaftsverhältnis nicht passen, müssen an ihrer Stelle zutreffende Bestimmungen des Gesellschaftsrechts (OR 545, 577) angewendet werden, um so auf anderem Wege die entsprechenden wirtschaftlichen Resultate herbeizuführen [18]. — Nur bei erheblichen ursprünglichen Mängeln, d. h. wenn die Sache in einem Zustand übergeben wurde, der den vertragsmäßigen Gebrauch ausschließt oder in erheblichem Maße schmälert (OR 254[II]), könnte — ganz am Anfang der Gesellschaft — analog an ein rückwirkendes Dahinfallen der Gesellschaft gedacht werden.

§ 6 NUTZNIESSUNG AN FORDERUNGEN, WERTPAPIEREN, VERMÖGEN

Der Verweis des Art. 531[II] OR auf die Grundsätze des Mietvertrages ist fehl am Platze, wo der Beitrag in der Nutznießung an Forderungen, Wertpapieren, Rechten oder an einem Vermögen bzw. Unternehmen besteht. Hier greifen viel-

[16] Siegwart, Art. 531 N. 21; Düringer-Hachenburg, Bd. II/1, Allg. Einl., N. 63—68.

[17] Dies sind: Minderung, Rücktritt, Art. 254/55 OR.

[18] Wespi, p. 54; Siegwart, Art. 531 N. 21.

mehr die sachenrechtlichen Bestimmungen über den Nießbrauch ein (ZGB 745 ff.).

Es handelt sich um Rechte an einem Recht, deren dingliche Natur problematisch ist. Dadurch, daß das Gesetz Rechte und Forderungen als Sachen behandelt, werden sie nach herrschender Ansicht nicht wirklich zu Sachen. Das liegt nicht im Belieben des Gesetzgebers. Sie werden nicht körperlich, sondern bloß den gleichen Vorschriften wie Sachen unterstellt [19].

Gegenstand der Nutznießung können sein: verzinsliche Forderungen, Aktien, Obligationen, Pfandtitel (Schuldbriefe, Gülten, Pfandbriefe), Grundlasten, Teilrechte [20]. Auch an ganzen Vermögen (ZGB 745, 766) und Unternehmungen (OR 181/82) kann eine Nutznießung bestellt werden.

Nutznießungen können nur an übertragbaren Rechten bestellt werden. Ein Gesellschaftsanteil bei einer Personengesellschaft kann z. B. nicht Gegenstand einer Nutznießung sein, da bloß Uebertragung einzelner Vermögensansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis zulässig ist (OR 542; Gewinn-, Zins-,

[19] Haab, Einl., N. 40 ff.; Lehmann, Vorbem. zu Art. 899 ff. N. 3; Wolff, Sachenrecht, Marburg, 1929, § 120, p. 415 ff. — In unseren Kommentaren zum Gesellschaftsrecht wird diese Art der Beiträge nicht näher behandelt: es wird nur die Einbringung von Forderungen zur Gesamtberechtigung im Wege der Abtretung, der Regelfall, betrachtet, nicht auch die Einbringung zum Gebrauch (z. B. Siegwart, Art. 531 N. 26). Die Einräumung einer Nutznießung ist aber in der Praxis gar nicht selten, besonders bei Einbringung von Geschäften. — Giger, p. 46, behandelt in seiner Arbeit über die Einbringung eines Geschäftes in eine Koll.-Ges. bei den Forderungen nur die Form der Einbringung.

[20] Dies sind Nutzungsrechtseinheiten bei gewissen agrarischen Genossenschaften des kant. Privatrechts (Art. 59III ZGB), deren Vermögen in eine bestimmte Zahl solcher Teilrechte zerlegt sind; diese sind frei übertragbar und können mit Pfand- oder Nutzungsrechten belastet werden. — *Vgl. hiezu:* Liver, Komm.ZGB (Art. 730—792): Dienstbarkeiten und Grundlasten, Zürich, 1951, Einl. N. 122 f.; derselbe in Festschrift Haff, Innsbruck, 1950, p. 284 ff.

Honorar-, Liquidationsanspruch)[21]. Eine ihm zustehende Nutznießung kann ein Gesellschafter überhaupt nicht übertragen, wohl aber ihre Ausübung der Gesellschaft obligatorisch überlassen (ZGB 758) in der Form von Miete oder Pacht. In dieser Art kann die Nutznießung einen Beitrag bilden.

Ein rechtsgeschäftliches Verbot hindert die Bestellung einer Nutznießung an einer Forderung nicht, wenn der Erwerber im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis gehandelt hat (Analogieschluß aus Art. 164^{II} OR). Doch ist dies insofern für Personengesellschaften von geringer praktischer Bedeutung, da alle Gesellschafter mit Einschluß des Inferenten gutgläubig sein müssen. — Bei vinkulierten Aktien, bei welchen die Veräußerung nur mit Zustimmung der Gesellschaft zulässig ist, bedarf es auch zur Bestellung des Nießbrauchs dieser Zustimmung, zumal ja der Aktiennießbraucher Stimmrecht bei der Generalversammlung besitzt (OR 690^{II}).

Die *Bestellung der Nutznießung* erfolgt durch Uebertragung der Forderung auf den Erwerber (einfache Schriftlichkeit nach Art. 165 OR) bzw. bei ganzen Vermögen und Unternehmungen durch Uebertragung der einzelnen Bestandteile, bei Fahrnis und Liegenschaften nach den Bestimmungen über die Uebereignung (ZGB 746)[22]. Diese Uebertragung ist keine Abtretung, sondern bloß Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts an derselben, eben der Nutznießung. Gemäß Art. 775 ZGB hat aber der Nutznießer «das Recht, binnen 3 Monaten nach Beginn der Nutznießung die Abtretung der seiner Nutznießung unterstellten Forderungen und Wertpapiere zu verlangen», und zwar gegen Sicherheitsleistung, auf welche aber der Abtretende verzichten kann. Mit der rechtswirksamen Abtretung wird der Nutznießer alleiniger

[21] Wieland, p. 557, 613, 662; Haab, Art. 652/54 N. 21; Siegwart, Art. 542 N. 4.

[22] Ausführlich behandelt bei: Giger, p. 26 ff.

Gläubiger mit unbeschränktem Verfügungsrecht. Bei der einfachen Gesellschaft entsteht Gesamtberechtigung der Gesellschafter, bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft nach außen hin alleinige Gläubigerschaft der Gesellschaft [23]. Auf Zins- und Dividendencoupons ist hingegen nicht Art. 775 ZGB, sondern Art. 772 ZGB anwendbar. Mit Eintritt der Fälligkeit werden diese «verbrauchbare Sachen» und gehen ins Eigentum des Nutznießers über. Erneuerungsscheine (Talons) dürfen dem Nutznießer nur mit Einwilligung des Bestellers behändigt werden. Auch zur Ausübung von Bezugsrechten ist der Nutznießer nicht berechtigt, da solche nicht zur Nutzung gehören, sondern das Stammrecht erweitern [24].

Im übrigen ist auf die ausführliche Ordnung der Nutznießung in den Art. 745 ff. ZGB zu verweisen; jedoch mit der Maßgabe, daß die nutznießende Personengesellschaft als Gesamthand nicht selber ausschließliche Nutznießerin ist, vielmehr der Inferent als Gesamthänder an der Rechtsstellung der übrigen Gesamthänder teilnimmt, somit mangels anderer Abrede auch an der Nutznießung. — Beschränkte dingliche Rechte an der eigenen Sache sind ja dem ZGB, wie auch dem BGB, nicht fremd. Es kennt allerdings die Begründung von Eigentümernutznießung und -wohnrecht nicht, aber im vorliegenden Fall handelt es sich ja auch nicht um die vertragliche Begründung einer Eigentümernutznießung. Eine solche entsteht vielmehr ipso iure durch die Einbringung von Vermögenswerten zur Nutznießung in die Gesellschaft [25]. — Des weitern sehen Art. 773/74 ZGB für gewisse Verwaltungshand-

[23] Zumindest Parteifähigkeit im Prozesse. Siegwart, Art. 562 N. 6 ff.; Hartmann, Art. 562 N. 4 ff.

[24] Wieland, C., Komm. zum Sachenrecht, Zürich, 1909; Art. 772 ZGB, Bem. 2a, Art. 774 ZGB, Bem. 1Dc; Leemann, Art. 772 N. 5, 774 N. 29; Jäggi, Komm. z. Wertpapierrecht, Zürich, 1949 ff., Art. 965 N. 312 ff.

[25] Leemann, Art. 773 N. 15 ff.; Liver-Komm., Einl. N. 28.

lungen ohnehin ein gemeinsames Handeln des Eigentümers und Nutznießers vor [26].

Bei der Nutznießung an einem Geschäftsvermögen, die als Einlage bestellt wird, empfiehlt es sich, eine vertragliche Regelung der Rechte und Pflichten zu treffen [27], insbesondere was die Passiven betrifft, für die ja nicht der Nutznießer, sondern der Eigentümer (Besteller) haftet. Es liegt nahe, eine Uebernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven in den Formen des Art. 181 OR zu bewirken, wodurch eine Erfüllungsübernahme unter den Parteien und eine Schuldübernahme nach außen durch den Nutznießer eintritt, unter Aufrechterhaltung der Solidarhaftung des bisherigen Eigentümers während zweier Jahre. Das Geschäft ist damit nicht veräußert, sondern bleibt nur zur Nutznießung übertragen; im Verhältnis zwischen Gesellschafter und gesellschaftlicher Gesamthand wird das Geschäft bloß fiduziarisch übertragen.

§ 7 NUTZUNG EINES PATENTES

Die Gebrauchsüberlassung eines Erfinderrechtes als Einlage in die Gesellschaft ist zum Unterschied von der Illation des Patentes zu Gesamteigentum die Uebertragung der bloßen Nutzung (sog. Ausbeutung des Patents), sei es des ausschließlichen, sei es des teilweisen Benutzungsrechts, die sog. einfache

[26] Es betrifft dies: Kündigungen an den Schuldner, Verfügungen über Wertpapiere, Maßnahmen im Falle einer Gefährdung von Forderungen, Neuanlage von Kapitalien.

[27] Leemann, Art. 766 N. 19/20; Wieland, Art. 766 ZGB, Bem. 7; Kohler in JD Bd. 24, p. 330 ff.; Kellerhals, F., Die Nutznießung am Handelsgeschäft, in ZSR, N. F. 31, p. 269 ff.

oder ausschließliche Lizenz. — Der Inferent behält über sein Patent im übrigen das volle Verfügungsrecht, unbeschadet der erteilten Lizenzen. Er hat nach feststehender Doktrin [28] ein gesetzliches Kontrollrecht über die richtige Ausübung der Lizenz. Es geht somit ein Individualrecht des Gesellschafters neben einem Sozialrecht einher. — Gegenstand der Lizenzerteilung ist nach Art. 9 Patentgesetz die patentierte Erfindung; dazu werden im Zweifel auch allfällige Zusatzpatente mitgerechnet (Art. 14). Bezüglich nicht patentierter Erfindungen besteht über die Möglichkeit einer Lizenzerteilung ein Meinungsstreit zwischen Wissenschaft und Bundesgericht [29].

Der Lizenzvertrag bedarf keiner bestimmten Form, auch nicht der Eintragung ins Patentregister. Durch Eintragung ins Patentregister beim Eidg. Amt für geistiges Eigentum erhält aber die Lizenz Wirksamkeit auch gegenüber gutgläubigen Dritten (Art. 9^{III} Pat.Ges.). Ein neuer Patentinhaber muß daher eingetragene Lizenzen respektieren, ebenso spätere Lizenznehmer. — Die Einräumung einer einfachen Lizenz hindert den Patentinhaber nicht, noch beliebig viele andere Lizenzen zu erteilen, während er sich bei Vergebung einer ausschließlichen Lizenz verpflichtet, keine weitern auszufolgen.

Sowohl bei der einfachen wie bei der ausschließlichen Lizenz können durch besondere Abrede gewisse Beschränkungen der Ausübung vorgesehen werden. Es gibt daher unbeschränkte und beschränkte einfache Lizenzen und ebensolche ausschließliche. Im Zweifel berechtigen Lizenzen zu unbeschränkter Benutzung des Patents. Von wirtschaftlichen

[28] Strauss, Die patentrechtliche Lizenz, Diss., Zürich, 1929, p. 65, und dort angeführte zahlreiche Literatur.

[29] Bejahend: Weidlich, R. - Blum E., Das Schweiz. Patentrecht, 2 Bde., Bern, 1934/36, Bd. I, Art. 9 N. 12. Ablehnend: BGE 39 II 790, 42 II 416 (nur Nutzung tatsächlicher Kenntnisse, keine Lizenz).

Gesichtspunkten aus unterscheidet man Herstellungs-, Gebrauchs-, Verkaufs- und Vertriebslizenzen; aus diesen Unterscheidungen erhellt die Wichtigkeit genauer vertraglicher Bestimmungen [30].

Die herrschende Meinung behandelt Rechte und Pflichten aus dem Lizenzvertrag nach Analogie des Pachtvertrages [31]. Diese Auffassung findet insbesondere darin ihre Stütze, daß gemäß Art. 275[I] OR Gegenstand des Pachtvertrages nicht nur «eine nutzbare Sache», sondern auch «ein nutzbares Recht» sein kann. Auch das Bundesgericht bezeichnet in konstanter Praxis den Lizenzvertrag als «ein dem Pachtverhältnis am meisten sich näherndes und daher diesem Vertragstyp beizuordnendes Rechtsverhältnis» [32]. — Somit finden «die Grundsätze des Mietvertrages», auf welche Art. 531 [III] OR bezüglich der Gefahrstragung und Gewährleistungspflicht bei den Beiträgen hinweist, auch hier Anwendung, zumal die Normen über den Mietvertrag subsidiär auch für die Pacht gelten [33].

An Besonderheiten sind zu vermerken: — Der Patentinhaber kann vom Lizenznehmer die Anbringung des Patentzeichens auf die von ihm hergestellten Erzeugnisse oder deren Verpackung verlangen (Art. 35 Pat.Ges.). Das genannte Kontrollrecht des Patentinhabers über die richtige Ausführung des Patentgegenstandes und dessen Inverkehrbringens ist zwar nicht im Gesetz normiert, aber in der Doktrin anerkannt [34]. — Pflicht des Lizenzgebers ist, der Gesellschaft den vertraglich festgesetzten Gebrauch des Patentes zu gewähren und diese

[30] Aeberhardt, p. 19 (und dort zit. Lit.).

[31] Weidlich-Blum, Bd. I, Art. 9 N. 13; Guhl, p. 250; Guyer, Kommentar zum schweiz. Bundesgesetz betr. die Erfindungspatente, Zürich, 1909, p. 47 ff.; Aeberhardt, p. 66.

[32] BGE 51 II 61, 53 II 133, 61 II 142.

[33] Oser, Art. 274 N. 4; Guhl, p. 269/70.

[34] Strauss, p. 63 f.

Gebrauchsmöglichkeit während der Vertragsdauer zu wahren. Er hat daher seinerseits die staatliche Patentgebühr regelmäßig zu entrichten und das Patent aufrecht zu erhalten. Er ist der Gesellschaft über die Art und Weise der Ausnützung des Patentes auskunftspflichtig. Seine Gewährleistungspflicht wird aus Art. 254 bzw. 277 OR hergeleitet; sie bezieht sich aber nicht auf den finanziellen Erfolg [35].

Die Gesellschaft ist nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die Lizenz auszuüben, besonders wenn es eine exklusive ist und die Lizenzabgabe vom Umsatz der in der Folge hergestellten Produkte zu entrichten ist [36]. Bei einer Illation wird aber in der Regel an Stelle der Lizenzgebühr die Beteiligung an der Gesellschaft an Stelle eines Entgelts treten, bzw. eine gemischte Vereinbarung von Beteiligung und Gebührabgabe.

Das Klagerecht aus Patentverletzungen steht ausschließlich dem Patentinhaber zu [37].

§ 8 ARBEITSLEISTUNGEN UND ANDERE POSITIVE LEISTUNGEN

I. AUSLEGUNG DES ILLATIONSVERTRAGES

Soweit der Gesellschafter zu Arbeitsleistungen für die Gesellschaft verpflichtet ist, wie z. B. Geschäftsführung, Vertretung, besteht kein Anspruch auf Entgelt. Ebensowenig

[35] Strauss, p. 63 f.

[36] Strauss, p. 88 f. (Zusammenstellung der kontroversen Meinungen); Bl.f.ZR, Bd. 7, p. 101 (für Ausübungspflicht).

[37] Aeberhardt, p. 77.

haben diese Leistungen den Charakter von Beiträgen im Sinne von Art. 531[1] OR. Es müßte also aus dem Gesellschaftsvertrage hervorgehen, daß für persönliche Dienstleistungen ein bestimmter Beitrag als Einlage zu vergüten sei oder daß sie als Beitragsleistung zu gelten haben (unechte Einlagen). Die von den Parteien gewählte Bezeichnung ist zwar nicht immer zuverlässig; sie hat aber die Vermutung der Richtigkeit für sich, wenn sie nicht durch gegenteilige Indizien aufgehoben wird [38]. Solche Indizien für Beitragseigenschaft sind die Anpassung der Leistungen an den Gesellschaftszweck, Gleichordnung statt Unterordnung, Mitsprache- und Kontrollrecht, das über dasjenige eines «employé intéressé» hinausgeht, Mithaftung für Schulden der Gesellschaft [39].

II. ARTEN VON ARBEITSLEISTUNGEN

Arbeitsleistungen mit Beitragscharakter können große Verschiedenheiten aufweisen. Es kann sich um bloße, vielleicht sogar um gelegentliche Beratung der Gesellschaft kraft wertvoller Sachkenntnisse handeln oder um eine regelmäßige, ständige Tätigkeit, die dienstvertrags-, werkvertrags- oder auftragsähnlich ist bzw. eine Mischung derselben darstellt [40].

Beispiele dienstvertragsähnlicher Arbeiten als Gesellschaftsbeitrag sind etwa die Uebernahme der Buchführung, die Leitung der Forschungsabteilung, die Durchführung des Einkaufs, die Leitung des Verkaufs; werkvertragsähnlich sind Leistun-

[38] Siegwart, Vorbem. zu Art. 530—551 N. 66 ff., 71; Bl.f.ZR Bd. 8, p. 188.

[39] Oser, Art. 330 N. 10 ff.; Siegwart, Art. 531 N. 30; Wieland, p. 544.

[40] Die Arbeitsleistung als Beitrag kann auch in der Form erfolgen, daß der Gesellschafter die von ihm bezahlten Arbeitskräfte der Gesellschaft zur Verfügung stellt, Haas, p. 101; BGE 38 II 375.

gen wie Erstellung von Bauten, Konstruktion von Maschinen; auftragsähnlich sind Leistungen als Mäkler, Agent usw.

Dienstvertragliche Leistungen mit Beitragscharakter unterscheiden sich rechtlich nicht nur von solchen eines Angestellten, sondern — wie schon oben ausgeführt — auch von denen eines commis intéressé. Letzterer steht nicht in einem Gesellschaftsverhältnis, es liegt bloß eine eigenartige Lohnberechnungsweise vor, indem die Lohnhöhe vom Geschäftsgang abhängig gemacht wird [41]. Im Gegensatz hiezu ist beim arbeitsbeitragleistenden Gesellschafter keine Lohnforderung vorhanden. Deshalb finden die Vorschriften des Dienstvertrages (OR 330 ff.)[42] keine Anwendung auf die in der Form von Arbeitsleistungen erbrachten Einlagen eines Gesellschafters.

Es liegt vielmehr Gleichstellung des bloß arbeitbeitragenden mit den andern Gesellschaftern vor; er wirkt an Gesellschaftsbeschlüssen mit, ist geschäftsführungsberechtigt; er haftet im Prinzip nur für «culpa in concreto» (OR 538). Er hat weder dienstherrliche Weisungen entgegenzunehmen, noch bleibt die gesellschaftliche Gesamthand gegenüber dem arbeitbeitragenden Gesellschafter frei in ihrer Geschäftsführung, Betriebsänderung, Kapitalerhöhung und -herabsetzung, Auflösung der Gesellschaft. Anderseits untersteht der Arbeitbeitragende der gesellschaftlichen Treuepflicht [43] und allen andern gesellschaftlichen Pflichten. Der Anteil am Verlust kann ver-

[41] Oser, Art. 330 N. 10; Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897, p. 141 ff. — Es kann allerdings auch ein eigentlicher Dienstvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter bestehen.

[42] Es betrifft dies: Vorschriften über Zahltage, Vorschüsse, Arbeitsverhinderung, Zuschlag für Mehrarbeit, Schutzmaßnahmen, Verrechnung, Freizeit, Zeugnis, Erfindungen des Dienstpflichtigen, Hausgemeinschaft, Beendigung, Lohnsicherung, Konkurrenzverbot nach Beendigung des Dienstverhältnisses.

[43] Hartmann, Art. 552 N. 19, Art. 557 N. 2/13/19; Becker, Art. 534 N. 8; BGE 39 II 546; Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, § 109, Anm. 1.

traglich allerdings beim Gesellschafter, der zum gemeinsamen Zweck Arbeit beiträgt, ausgeschlossen werden (OR 533III)[44].

Selbst beim Kommanditär sind Arbeitsleistungen als eine Art von Beitragsleistung zulässig. Eine andere Frage ist allerdings, wieweit ihn diese Arbeitsleistungen von seiner beschränkten Haftung befreien können. Die Frage ist zu bejahen, soweit diese Leistungen für die Gesellschaft einen Vermögenswert darstellen, ihr z. B. Auslagen ersparen [45].

Erfindungen, die der arbeitbeitragende Gesellschafter in Ausübung der ihm obliegenden Tätigkeit macht, sind ihm gleichfalls als Einlage gutzuschreiben und im Falle der Auseinandersetzung nach den für die Einlagen geltenden Regeln zu vergüten. Die Behandlung als Einlage erscheint schon deswegen als angemessen, weil Erfindungen eine dauernde Einnahmequelle bilden können [46].

Bei *werkvertragähnlichen Leistungen* sind die Bestimmungen über den Werkvertrag (OR 363 ff.) schon dadurch im allgemeinen nicht anwendbar, weil der Gesellschafter nicht als Unternehmer, die gesellschaftliche Gesamthand nicht als Bestellerin in Betracht kommt. Vielmehr ist die Erfolgsleistung geldwerter Beitrag an die Gesellschaft, die Gegenleistung Beteiligung an derselben. Auch die Rücktrittsrechte (OR 365 ff.) sind im gesellschaftlichen Verhältnis nicht ohne weiteres anwendbar. Es entspricht der Eigenart der Gesellschaft, den Rücktritt im eigentlichen Sinn, das heißt Auflösung ex tunc, nur bei Verletzung von sofort oder in den ersten Stadien der Gesellschaft fälligen Verpflichtungen zuzulassen. Des weitern ist infolge Auflösbarkeit der Gesellschaft aus wichtigen Grün-

[44] Siegwart, Art. 533 N. 2.

[45] Siegwart, Art. 610/12 N. 6, 16; Hartmann, Art. 608 N. 17; Wieland, p. 763; Bischoff, p. 67; Staub-Pisko, Komm. zum ADHGB, 2. Aufl., Ausgabe für Oesterreich, Wien, 1908, Art. 150, § 7.

[46] Wieland, p. 544; BGE 39 II 127.

den das Rechtsmittel des Rücktritts meist überflüssig. Immerhin erfordert die Auflösung aus wichtigen Gründen im Bestreitungsfalle ein Urteil, und die Auseinandersetzung erfolgt auch nicht nach den gleichen Gesichtspunkten [47].

Auftragsähnliche Leistungen von Beitragscharakter sind entgeltlich, indem das Entgelt in Anteilsrechten an der Gesellschaft besteht. Die Sorgfaltspflicht ist nicht diejenige aus Art. 398, sondern aus Art. 538 OR [48]. — Bei *mäkler- und agentartigen Leistungen* sind die Regeln über die Festsetzung, die Herabsetzung des Mäklerlohnes und dessen Verwirkung (Art. 414 ff. OR) sowenig anwendbar wie diejenigen der zusätzlichen Art. 418 b ff. OR. Das freie Widerrufsrecht des Art. 404 OR ist für gesellschaftliche Verhältnisse nicht maßgebend; vielmehr ist auf seiten der Gesellschaft die Analogie nach Art. 539 OR über Entzug und Beschränkung der Geschäftsführung und nach Art. 545 OR über die Beendigung der Gesellschaft anwendbar; auf seiten des Gesellschafters gelten die Beendigungsgründe des nämlichen Artikels sowie des Art. 546 OR.

III. ANDERE POSITIVE LEISTUNGEN

Bei *Kartellen* kommen als positive Leistungen vor [49]: die Pflicht zur Ueberbindung der Mitgliedschaft auf den Erwerber eines kartellierten Unternehmens, die Pflicht zur Anzeige von

[47] Siegwart, Art. 530 N. 82 f.; Wieland, p. 545; Oser, Art. 107 N. 8; Fraefel, p. 45; die Iudikatur ist nicht einheitlich: BGE 31 II 918; 39 II 251; 49 II 491.

[48] Begründung: Es handelt sich nämlich um eine mitgliedschaftliche, nicht um eine außergesellschaftliche Leistung.

[49] Ueber die kartellistischen Enthaltungspflichten — gewöhnlich die Hauptleistung der Kartellmitglieder — vgl. unten p. 70 ff.

Kartellverletzungen, die Pflicht, den Kontrollorganen der Kartellgesellschaft Büchereinsicht zu gewähren [50]. Diese Pflichten können aber kaum Beitragseigenschaften haben. Sie sind eher als Nebenpflichten zu werten, die mit der spezifischen gesellschaftlichen Treuepflicht zusammenhängen, wie sie der Zweck der organisierten Konkurrenzbekämpfung bei den Kartellen mit sich bringt.

Beitragscharakter kann hingegen eine *Bürgschaft* haben, die der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden eingeht. Bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ist eine solche ausdrücklich zugelassen (OR 568^{III}). Eine derartige Bürgschaft kann den Kredit der Gesellschaft erhöhen und damit ein begehrtes Mittel zur Förderung des Gesellschaftszwecks abgeben, so daß schon dieses allein als gesellschaftlicher Beitrag genügen mag [51]. Die praktische Folge ist der Verzicht des Gesellschafters auf die Einrede der Vorausklage und die Möglichkeit für die Gläubiger, den bürgenden Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Solidarbürgen vor der Kollektivgesellschaft in Anspruch zu nehmen.

Ohne praktische Bedeutung wäre eine einfache Bürgschaft des Gesellschafters, weil der Bürge die Einrede der Vorausklage (gemäß Art. 495^{I} OR) erheben könnte und für den Gläubiger nichts gewonnen wäre. Die Bürgschaft muß trotz der Bestimmung des Art. 568^{III} OR im Bürgschaftsvertrag ausdrücklich als solidarisch bezeichnet werden [52]. — Eine als Bürgschaft abgegebene Erklärung ohne Einhaltung der gesetzlichen Form kann wenigstens als Verzicht auf die gesellschaftsrechtliche Einrede der Vorausklage ausgelegt werden, wenn der Partei-

[50] Siegwart, Art. 530 N. 17, Art. 531 N. 31; Schärer, Die Natur des Kartellvertrages, Diss., Bern, 1917, p. 155.

[51] Siegwart, Art. 531 N. 28; Wieland, p. 544; ZBJV Bd. 45, p. 39.

[52] Hartmann, Art. 568 N. 38; Becker, Art. 496 N. 3.

wille eindeutig feststeht; ein solcher Verzicht ist auch formlos gültig [53].

Auch der bloße Beitritt zur Gesellschaft kann wegen der damit verbundenen unbeschränkten Haftung den Kredit der Gesellschaft schaffen bzw. heben. Es steht zudem nichts im Wege, ihn vertraglich als Beitragsleistung einzuschätzen [54].

Schließlich wären noch jene Arten der Beitragsleistungen zu erwähnen, welche zwar recht häufig sind, sich jedoch in keine der oben angeführten Kategorien einfügen lassen, wie z. B. die Mitteilung von Rezepten, die Ueberleitung einer Kundschaft, Ueberlassung von Bestellungen, die oftmals zu einfachen Gesellschaften führen können [55].

[53] Siegwart, Art. 568/69 N. 5; Hartmann, Art. 568 N. 39.

[54] Weipert in RGR-Komm. z. HGB, § 105 N. 18; anders im frz. Recht, wo ein eigentlicher «apport» zu erfolgen hat; vgl. Planiol-Ripert, p. 958.

[55] v. Arx, p. 87; Bl.HE Bd. 9, p. 284; Müller, p. 19.

ENTHALTUNGSLEISTUNGEN

§ 9

DIE KONKURRENZENTHALTUNGSPFLICHTEN

Aus der Treuepflicht, der gesellschaftlichen Grundverpflichtung, ergibt sich nicht nur die positive Pflicht zur zweckmäßigen Förderung der gemeinsamen Interessen. Sie hat auch eine negative Seite: die Unterlassung jeglicher Beeinträchtigung des Gesellschaftszweckes. Es handelt sich aber dabei nicht um eine selbständige Verbindlichkeit, sondern einfach um die negative Komponente der Treuepflicht [1]. Die allgemeine Unterlassungspflicht besteht in der Nichtverhinderung des geplanten Erfolges. Dazu gehören z. B. die Verschwiegenheitspflicht, das Verbot der Kreditschädigung, die Pflicht der Respektierung der Persönlichkeit des Gesellschafters [2].

Als eine selbständige negative Pflicht kann z. B. das Verbot für jeden Gesellschafter gelten, einen Gewinn, der seiner Natur nach der Gesellschaft zukommt, für sich allein zu behalten (OR 532). Als selbständige negative Pflicht wird anderseits (von unseren Kommentatoren) das Konkurrenzverbot

[1] Siegwart, Art. 536 N. 1; Vogelsang, p. 118; Oser, Art. 319 N. 32. Davon zu unterscheiden sind die selbständigen Unterlassungspflichten mit dem Inhalt, etwas Bestimmtes nicht zu tun; vgl. Lehmann, Die Unterlassungspflichten im bürgerlichen Recht, München 1906, p. 90 f.

[2] Oser, Art. 319 N. 32; Job, p. 29 ff.

(OR 536, 561) nicht angesehen, obschon auf Aufhebung des vertragswidrigen Zustandes (OR 359III) geklagt werden kann [3].

Jedenfalls wird bei Kartellen die Konkurrenzenthaltungspflicht der Gesellschafter in bestimmten Richtungen häufig zur Hauptpflicht erhoben [4]. Das Gedeihen der in der Kartellgesellschaft zusammengeschlossenen Betriebe durch Schaffung von vorteilhaften Produktions-, Erwerbs- bzw. Absatzbedingungen hängt nämlich vielfach direkt von einer Mehrheit übereinstimmender Unterlassungen ab, wie die Unterlassung einer bestimmten Konkurrenztätigkeit, des Preisansatzes unter oder über einer bestimmten Limite.

Da dies oft ohne Zusammenlegung eines Gesellschaftsvermögens ohne Geschäftsabschlüsse mit Dritten und schon durch eine sehr dürftige Organisation möglich ist, wurde dem Kartellvertrag vielfach der Charakter einer Gesellschaft abgesprochen und höchstens von gesellschaftsähnlichen Gebilden gesprochen [5]. Allein Vermögensgemeinschaft ist, wie bereits angeführt wurde, nicht essentielles Erfordernis der Personengesellschaft. Es ist dies nur der Normalfall. Gemeinsamkeit des Zwecks und der Mittel kann auch ohne Vermögensgemeinschaft vorliegen [6]. Der Beitrag kann im wesentlichen in Unterlassungen bestehen.

[3] Siegwart, Art. 561 N. 39; Hartmann, Art. 561 N. 19. Beide betrachten das Konkurrenzverbot eher als «Begleiterscheinung» und nehmen hiefür auf BGE 56 II 24 bzw. 56 bzw. 437 Bezug. Die selbständige Klage scheint aber eher auf eine selbständige Pflicht hinzuweisen.

[4] Oser, Art. 356 N. 4; Siegwart, Art. 561 N. 6; Scherrer, Das richterliche Ermäßigungsrecht, Diss. Freiburg, 1934, p. 74.

[5] Wieland, p. 455; Schärer, p. 53, 57; Schlatter, Ein- und Austrittsfreiheit von Kartellmitgliedern, Diss. Zürich, 1933, p. 33.

[6] Vgl. hiezu: Graf, Das Darlehen mit Gewinnbeteiligung, Diss. Zürich, 1953.

Der Kartellzweck verlangt übrigens nicht Unterlassungen allein, sondern auch eine bestimmte positive Einstellung der angeschlossenen Betriebsinhaber [7]. Sie haben ihre Betriebe in einem bestimmten vom gemeinsamen Zweck diktierten Sinne zu verwalten (Bezugsquellen, Lieferungen, Preisstellung). Der Anspruch darauf steht der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern zugunsten der Gesellschaft zu. Träger der Verpflichtung sind alle Gesellschafter [8].

§ 10 ANDERE ENTHALTUNGSLEISTUNGEN

Bei andern als Kartellgesellschaften begegnet man zuweilen Verpflichtungen der Gesellschafter, sich in ihrer privaten Rechtssphäre solcher Handlungen zu enthalten, die sich auf den Gesellschaftskredit schädlich auswirken können. Der wirtschaftliche Erfolg der Personengesellschaften ist ja in erster Linie vom persönlichen Kredit ihrer Mitglieder abhängig. Darum wird z. B. oft vertraglich die Spekulations- und Investitionstätigkeit des einzelnen Gesellschafters beschränkt, die Eingehung von Bürgschaften verboten, was im Rahmen des Art. 27 ZGB zulässig ist und übrigens nur interne Gültigkeit hat [9].

Hier handelt es sich um spezielle mitgliedschaftliche Pflichten, nicht aber um negative Beitragsleistungen, da dies

[7] Siegwart, Art. 530 N. 23; Vogelsang, p. 38; Gysin, in ZSR Bd. 49, p. 378/386.

[8] Darms, Das Konkurrenzverbot in den Gesellschaftsverhältnissen, Diss. Freiburg, 1923, p. 50, 112; Siegwart, Art. 561 N. 6 ff.

[9] Hartmann, Art. 561 N. 4; Siegwart, Art. 531 N. 32; BGE 39 II 543; Bl.HE Bd. 4, p. 120.

keine mit dem Gesellschaftszweck unmittelbar zusammenhängende Obliegenheiten sind.

Im Gegensatz dazu stehen gewisse Verzichte, die dem Gesellschaftsvermögen zugute kommen, wie der Verzicht auf Gewinnausschüttungen in gewissen Jahren zwecks Verstärkung der Reservestellungen. Solche Enthaltungen kommen positiven Beiträgen gleich.

ZWEITER TEIL

DIE FOLGEN DER NICHTERFÜLLUNG DER BEITRAGSPFLICHT

VORAUSSETZUNGEN DER RICHTIGEN ERFÜLLUNG

§ 11 IN PERSÖNLICHER BEZIEHUNG

Nach schweizerischem Recht (OR 68) hat der Schuldner eine Obligation nur dann persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt. Das ist bei der Beitragspflicht der Fall, wo sie in Arbeitsleistungen besteht, insbesondere in dienst-, werkvertrags- oder auftragsähnlichen Leistungen, des weitern in Enthaltungsleistungen.

Bei den *dienstvertragsähnlichen* Leistungen ist die persönliche Erfüllung immer gefordert, wenn sich nicht aus der Verabredung oder aus den Umständen etwas anderes ergibt (Analogie aus OR 327[1]).

Auch wo der Gesellschafter zur persönlichen Leistung verpflichtet ist, richtet sich aber seine Haftung nach Gesellschaftsrecht (OR 538), unterscheidet sich also von den Folgen der allgemeinen Vertragsverletzung nach Art. 97 ff. OR und denjenigen aus Dienstvertragsrecht (OR 328).

Da der den arbeitsähnlichen Beitrag Leistende nicht Dienstpflichtiger, sondern Gesellschafter ist, steht er in keinem Unterordnungsverhältnis zu den Mitgesellschaftern; daher hat er nur das geschäftliche Interesse zu seiner Richtschnur zu nehmen und keinen Anordnungen Folge zu leisten, die diesem

Interesse widerstreiten. Er hat ja überdies sein gesellschaftliches Vetorecht (OR 535^{II})[1] und kann auch einen Gesellschaftsbeschluß über eine streitige Anweisung verlangen.

Anderseits ist die Sorgfaltspflicht des Gesellschaftsrechts, wie bereits dargelegt wurde[2], eine mildere Fassung der allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen (OR 97 ff.) wie derjenigen des Dienstvertrags. Es wird nur der Fleiß und die Sorgfalt verlangt, die der Gesellschafter in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (OR 538^{I}). — Auf die dienstvertraglichen Leistungen mit Beitragscharakter ist hingegen Art. 538^{III} OR nicht anwendbar, weil diese nicht gegen Vergütung geleistet werden, sondern gegen Anteilsrechte an der Gesellschaft.

Werkvertragsähnliche Beitragsleistungen hat der Gesellschafter «persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen» (Analogie aus Art. 364 OR) und zwar nur unter der Sorgfaltspflicht in Form der «diligentia quam in suis». Es steht ihm frei, Gehilfen beizuziehen bzw. sich überhaupt auf die Leitung zu beschränken, soweit nicht die persönliche Ausführung zur Bedingung gemacht wird. Ebenso kann er an Unterakkordanten die Besorgung übergeben[3]. Seine Haftbarkeit bleibt dabei diejenige nach Art. 538^{I} OR.

Auftragsähnliche Beitragsleistungen haben einen ausgesprochen persönlichen Charakter. Substitution ist darum im Prinzip nicht zulässig[4]. Ausgenommen sind Fälle, wo der

[1] Siegwart, Art. 535 N. 10; Iklé, p. 48.

[2] Vgl. hiezu: z. B. p. 38, 54 oben.

[3] Oser, Art. 364 N. 3; Becker, Art. 364 N. 5 ff.

[4] Kein Substitut ist die Hilfsperson (Gehilfe), durch welche der Gesellschafter unter seiner Leitung und Aufsicht die Erfüllung seiner Verpflichtungen vornehmen läßt. Vgl. hiezu: v. Tuhr, Hbd. II, p. 566 ff; Guhl, p. 150.

Gesellschafter «zur Uebertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäß als zulässig betrachtet wird» (OR 398III). — Bei unbefugter Uebertragung haftet er nur gemäß Art. 538I OR, nicht für «culpa in abstracto». Bei befugter Uebertragung haftet er für «gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten» (OR 399II), wobei hier Sorgfalt gleichfalls im Sinne des Art. 538I OR zu verstehen ist [5].

§ 12 IN SACHLICHER BEZIEHUNG

In dieser Richtung bestimmt sich die Beitragsleistung nach Vertrag und Gesetz, wie dies im ersten Teil dieser Arbeit dargelegt worden ist [6]. Die allgemeinen Bestimmungen des OR über die Erfüllung sind zunächst auf geschuldete Geldzahlungen zugeschnitten [7].

Teilzahlungen brauchen nicht angenommen zu werden (OR 69I), was auch von Teilleistungen allgemein gesagt werden kann [8]. Aber bei Einbringung (z. B. eines Geschäftes) läßt sich in der Regel eine Gesamtleistung wohl kaum durchführen. Nach Treu und Glauben [9] sowie Verkehrsübung [10] ist eine nur sukzessive Erfüllung zuzulassen. Anderseits kann ein Gesellschafter die Erfüllung eines von ihm anerkannten Teiles seiner

[5] Siegwart, Art. 538 N. 9; Wieland, p. 563; Vogelsang, p. 118.

[6] Vgl. hiezu: p. 17 ff. oben.

[7] Oser, Vorbem. zu Art. 68—96 N. 3 ff.

[8] Oser, Art. 69 N. 1; Becker, Art. 69 N. 7.

[9] Oser, Art. 69 N. 3; v. Tuhr, Hbd. I, p. 419.

[10] v. Tuhr, Hbd. I, p. 5/6; Becker, Art. 18 N. 15.

Leistung nicht verweigern, wenn die Mitgesellschafter zu dessen Annahme bereit sind (OR 69^{II}).

Gemäß Art. 70^{I} OR hat der Schuldner eine unteilbare Leistung bei einer Mehrheit von Gläubigern an alle gemeinsam zu leisten, und jeder Gläubiger kann die Leistung an alle gemeinsam verlangen. Der Gesellschafter hat aber nicht «an mehrere Gläubiger» seine unteilbare Leistung zu entrichten, sondern der Gesamtheit der Gläubiger (Gesamthand), und zwar nur so, daß durch seine Leistung die Zweckerreichung ermöglicht wird [11]. Wenn sich hingegen mehrere Schuldner zur Einbringung einer gemeinsamen und unteilbaren Leistung verpflichteten, z. B. Mitinhaber eines gemeinsam einzubringenden Geschäftes, käme Art. 70^{I} OR zur Anwendung, wonach jeder Schuldner zu der ganzen Leistung verpflichtet ist.

Voll anwendbar ist auch Art. 71 OR über die Erfüllung einer Gattungsschuld; des weiteren Art. 72 OR über eine Wahlobligation, soweit eine solche den Inhalt eines Illationsvertrages bilden kann, ebenso die Bestimmungen über die Zinsentrichtungspflicht (OR 73) [12].

Im übrigen sind im sachlichen Bereich die Allgemeinnormen nur anwendbar, soweit nicht gesellschaftsrechtliche und -vertragliche eingreifen [13].

[11] Näheres vgl. unten: Aktivlegitimation zur Geltendmachung rückständiger Beiträge, p. 84 ff., bes. p. 93.

[12] Begründung: Hier bietet das Gesellschaftsrecht keine Besonderheiten.

[13] Vgl. hiezu: p. 97 ff. unten.

§ 13

IN ÖRTLICHER UND ZEITLICHER BEZIEHUNG

I. ÖRTLICH

Keine Schwierigkeit bildet die Anwendung der allgemeinen Normen über den Erfüllungsort. Bestimmte geschuldete Sachen sind «da zu übergeben, wo sie sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befanden» (OR 74^{II}, Ziff. 2), andere, nicht geldliche, Verbindlichkeiten sind an dem Ort zu erfüllen, «wo der Schuldner zur Zeit ihrer Entstehung seinen Wohnsitz hatte» (Holschulden, OR 74^{II}, Ziff. 3). Geldschulden sind hingegen gemäß Ziff. 1 von Art. 74^{II} OR Bringschulden, das heißt «an dem Orte zu bezahlen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat». Nun haben aber nur die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft einen eigenen, gesetzlichen Wohnsitz (Gesellschaftssitz, OR 554^{II}, Ziff. 2, 596^{II}, Ziff. 3), nicht auch die einfache Gesellschaft [14].

Bei den beiden genannten Handelsgesellschaften ist die Sitzfrage keineswegs unbestritten. Nach Siegwart [15] ist Sitz der Ort, «an welchem die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft als konzentriert gedacht werden». Die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft haben den im Vertrag genannten und im Handelsregister eingetragenen Sitz. Entstehen Meinungsverschiedenheiten, ob dieser Sitz den tatsächlichen Verhältnissen entspreche, so haben die Registerbehörden und nicht die Gerichte darüber zu entscheiden. Es steht nämlich bei der zwangs-

[14] Siegwart, Art. 530 N. 77; BGE 2, 316.

[15] Siegwart, Art. 554—56 N. 11.

weisen Verwirklichung der Eintragungspflicht (Art. 57/58 und 63 HRVo) das Prinzip der Wahrheit der Eintragung und nicht ein zivilrechtlicher Anspruch in Frage [16].

Die einfache Gesellschaft hat keinen Sitz, kann aber einen Mittelpunkt der Beziehungen aufweisen, der als Erfüllungsort gelten darf. Es ist an dem Ort zu erfüllen, welcher der Zweckgemeinschaft dieser Gesellschaft entspricht, das heißt ihr Zusammenwirken und die damit gegebene Zweckerreichung ermöglicht. Der Erfüllungsort ist also aus der Natur der Sache abzuleiten [17]. Beiträge sind darnach an jenem Ort zu erbringen, der ihrer Dienlichkeit und Verwendung am besten entspricht.

II. ZEITLICH

Mangels Verabredung ergibt sich die Erfüllungszeit aus der Art und Bestimmung der zu erbringenden Leistung. Die Einlagepflicht ist ihrer Bestimmung nach auf den Beginn der Gesellschaft zu erfüllen [18]. — Die Verpflichtung zur Leistung kann auch noch im Liquidationsstadium geltend gemacht werden, ohne daß der Gesellschafter mit dem Anspruch auf den noch nicht fälligen Liquidationserlös verrechnen kann [19].

[16] Siegwart, Art. 554—56 N. 11 ff.; BGE 56 I 59; 56 I 374; Egger, A., Zur Revision des Schw. Handelsrechts, in: Zürcher Festschrift zum Juristentag 1928, p. 196. Anderer Meinung: Egger, Komm. z. Personenrecht, Art. 56 N. 3; Jordi, Th., Die Zweigniederlassung, Diss. (Masch.) Basel, 1928, p. 103.

[17] Buser, p. 96; Siegwart, Art. 530 N. 77.

[18] Haas, p. 30, präzisiert: «Die Fälligkeit der Einlage wird sofort, d. h. bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages vermutet.»

[19] Hartmann, Art. 557 N. 10; Bl.f.ZR Bd. 25, p. 68 (Nr. 43).

Hingegen hören beitragsmäßige Gebrauchsrechte der Gesellschaft in der Regel mit der Liquidation auf, wenn sie nicht auch noch weiter nötig sind. Der Gegenstand des Gebrauchs bildet ja gar nicht Bestandteil der Liquidationsmasse. — Das gleiche betrifft Sachen, an denen der Gesellschaft nur das Verfügungsrecht überlassen wurde, wenn der Gegenstand nicht zur Schuldentilgung verwendet wird [20].

[20] Siegwart, Art. 531 N. 19/22/40; Art. 548—50 N. 37.

2. KAPITEL

DIE RECHTSZUSTÄNDIGKEIT

§ 14 DIE THEORIEN

I. AUSGANGSPUNKT

Die Frage, wer bei den Personengesellschaften das Recht habe, die Erfüllung der vertraglichen Verbindlichkeiten zu verlangen, ist in Theorie und Praxis kontrovers. Der Streit der Meinungen hat früher das Problem der Rechtspersönlichkeit zum Ausgangspunkt für die Beantwortung der Rechtsfragen gemacht, wobei auch die verschiedenen Ansichten über die geschichtlichen Quellen und die Entwicklung besonders der offenen Handelsgesellschaft des deutschen Rechts die Gegensätze noch verschärften [1]. Doch ist nach und nach die Erkenntnis durchgedrungen, daß zwischen den körperschaftlich organisierten und den andern Personenverbänden keine absoluten Gegensätze bestehen, daß vielmehr «ein allmähliches Ineinanderübergehen» vorliegt und besonders bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft die Ab- oder Zuerkennung der juristischen Persönlichkeit nicht ein geeigneter Umstand ist, um daraus «in blinder, konstruktiver Weise» praktische Folgen abzuleiten [2].

[1] Engelskirchen, p. 7 ff.

[2] Siegwart in: Festschrift f. C. Wieland, 1934, p. 355 f.

Die neueren Theorien nehmen daher nicht mehr das Problem der Rechtspersönlichkeit zu ihrem Ausgangspunkt, sondern legen mehr Gewicht auf die Einheits- und Vielheitsmomente bei den Personengesellschaften [3].

II. SOZIETÄTSTHEORIE

Sie geht vom Gesellschaftsvertrag aus, durch den sich die Kontrahenten zu einer Interessengemeinschaft verbinden. Die gesellschaftliche Beziehung löst sich im Innenverhältnis restlos in Einzelschuldverhältnisse zwischen den Beteiligten auf. Nur sie sind berechtigt, Erfüllung zu verlangen. Es tritt innerhalb dieser Sphäre nie der einzelne Gesellschafter in Gegensatz zur Gesellschaft [4], oder — nach anderer Meinung — nur nach außen, nicht nach innen, bestehe ein gemeinsames Interesse [5]. Wenn also innerhalb solcher Beziehungen Leistungen vorgenommen werden, treten nicht der einzelne Gesellschafter und der Geschäftsführer der Gesellschaft einander gegenüber, sondern der eine Gesellschafter einem andern oder der Summe aller andern.

Diese Theorie zieht aber nicht in Betracht, daß von den Personengesellschaften die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft nach außen unter ihrer Firma eine Einheit bilden, der äußere Erfolg jedoch weitgehend von einer reibungslosen

[3] Zusammenstellung der Theorien bei: Hacmann, Beitrag zur Entwicklung der OHG in ZHR Bd. 68, p. 439 ff.

[4] BGE 24 II 736; ZBJV Bd. 53, p. 500.

[5] Guhl, ZBJV 53; Sem.Jud. Bd. 23, p. 93; Planck, Komm. z. Recht der Schuldverhältnisse, 1928, § 705, 6; Oertmann, Komm. z. Recht der Schuldverhältnisse, 1928, § 205, 3.

Innenordnung abhängt und deshalb schon intern ein gemeinsames Interesse und eine gemeinsame Sphäre entstehen, die über das individualistische Prinzip der römischen societas hinausgeht. Auch bei der einfachen Gesellschaft wird diese gemeinsame Sphäre im Innenverhältnis nicht weniger stark als bei den beiden andern Personengesellschaften durch das gleiche Gesamthandprinzip betont. Das dinglich gebundene Gesamthandvermögen, über welches die Gesamthänder nicht einzeln verfügen können, schafft eine enge Gemeinschaft der Teilhaber, wenn sie auch nicht bis zur formal-juristischen Persönlichkeit des Gebildes reicht.

Die Theorie der Einzelschuldverhältnisse wird daher in ihrer allgemeinen Formulierung der Natur der gesellschaftlichen Gesamthand nicht gerecht.

III. GESAMTHANDTHEORIE

Diese verfällt ins Gegenteil, indem sie sich auf den Standpunkt stellt, nur der Gesellschaft stehe das Recht zu, die Erfüllung der zu ihrem Fortschritt notwendigen Verbindlichkeiten zu verlangen. Die Leistungen aus dem Gesellschaftsvertrag werden darnach der Gemeinschaft geschuldet, und diese habe kraft des Gesamthandprinzips den alleinigen gesetzlichen Anspruch auf Erfüllung. Zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern bestehen Rechtsbeziehungen, der einzelne Gesellschafter tritt der Gesamtheit der Teilhaber in ihrer Verbundenheit gegenüber [6].

[6] Für die Einforderung der Kommandite durch die Kommanditgesellschaft spricht sich BGE 37 II 36 aus. — Zur Problematik der Gesamthandtheorie: Corinth, Wer ist Träger des Anspruchs auf die Gesellschafterbeiträge, Diss. Göttingen, 1931, p. 29 ff.; Closs, p. 25 ff.

Bestritten ist, ob der Einzelne der Gesamtheit sämtlicher Gemeinschafter oder nur den übrigen Teilhabern (außer ihm) gegenübertrete. Es wird nämlich eingewendet, die übrigen Teilhaber ohne den einen bildeten keine Gesamthand [7].

Jedenfalls trägt die Gesamthandtheorie der Tatsache keine Rechnung, daß durch den Gesellschaftsvertrag gegenseitige Rechtsbeziehungen unter den einzelnen Teilhabern erzeugt werden. Sie wird somit der besonderen Rechtsstellung des Einzelnen nicht ganz gerecht.

IV. DIE KOMPROMISSTHEORIE

Die extrem einseitige Einstellung der Sozietätstheorie, welche keine Gemeinschaftssphäre anerkennt, und der Gesamthandtheorie, die keine Einzelinteressen berücksichtigt, läßt sich vermeiden, wenn man beiden Interessensphären gerecht wird und sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Teilhabern die Rechtszuständigkeit zubilligt, die Erfüllung innergesellschaftlicher Leistungsversprechen verlangen zu können. Das kann als die *heute geltende Theorie* betrachtet werden [8].

Ihre Begründung wird darin erblickt, daß das Gesellschaftsverhältnis obligatorische und personenrechtliche Elemente aufweist; darum hat man im innerrechtlichen Verhältnis eine individual- und sozialrechtliche Sphäre zu unterscheiden. Beide bestehen nebeneinander und bewirken eine eigenartige

[7] Staudinger-Geiler, Komm.BGB, § 705 IV 1a, p. 1225/26, sowie § 709 I 2b, p. 1274; Staub-Pinner, Komm.HGB, § 111 Anm. 2; Wieland, p. 546 und p. 640/41; Becker, Art. 530 N. 14; Hartmann, Art. 557 N. 4; Levi, p. 73 ff.; Job, p. 89 ff; ZBJV Bd. 50, p. 544.

[8] Corinth, p. 29 ff.; Closs, p. 25 ff.

rechtliche *Doppelstellung des Teilhabers*. Er ist als Einzelgesellschafter legitimiert, die Erfüllung der innergesellschaftlichen Leistungsversprechen zu verlangen, weil seine Mitgesellschafter sich ihm dazu vertraglich verpflichtet haben. Anderseits besteht das Wesen der gesellschaftlichen Gesamthand im Zusammenschluß der Mitglieder zur Interessengemeinschaft. Sie stellt daher die Zusammenfassung der gesellschaftlichen Ansprüche dar und ist als Gesamthand ein Gebilde, das den einzelnen Teilhabern als solches gegenübersteht, wenn auch die Konzentration noch nicht bis zum Grad einer juristischen Persönlichkeit gediehen ist. Deshalb darf sie auch — durch ihren Geschäftsführer handelnd — die Erfüllung der Verbindlichkeiten ihrer Mitglieder verlangen.

Es ist aber noch zu untersuchen, ob die Kompromißtheorie auch alle einschlägigen Fragen beantwortet. — Zunächst einige Bemerkungen zum personenrechtlichen Element der gesellschaftlichen Gesamthand.

In den Fällen, wo sich der Gesellschafter vertraglich dem *Mehrheitsprinzip* unterstellt, verzichtet er auf das Recht zur Durchsetzung seines eigenen Willens im Interesse der Gesellschaft. Jede Beschlußfassung rechtfertigt sich durch dieses Grundverhältnis. — Doch auch der *einstimmige Beschluß*, wie ihn das OR für die Personengesellschaften fordert, deckt sich nicht ganz mit einer vertraglichen Willensübereinstimmung. Der Unterschied liegt hier gleichfalls in der dem Beschluß eigenen Grundrelation, derzufolge für den Gesellschafter nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht besteht, an der Beschlußfassung teilzunehmen. Er unterwirft sich der Gemeinschaft und darf ohne Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht z. B. keine technische Obstruktion treiben, indem er das Zustandekommen wichtiger Einstimmigkeitsbeschlüsse systematisch verhindert und sich der Teilnahme an solchen entzieht. Die Stimmabgabe kann im Klageweg verlangt und

eventuell Schadenersatz aus Pflichtverletzung geltend gemacht werden [9].

Anderseits hat im Innenverhältnis bei den Personengesellschaften jedes Mitglied das Recht, daß sein Wille berücksichtigt werde, soweit es sich nicht vertraglich dem Mehrheitsprinzip unterstellt. Gilt vertraglich das Mehrheitsprinzip, so wirkt es sich so aus, als ob selbst bei der einfachen Gesellschaft eine Art beschränkte Rechts- und Handlungsfähigkeit bestünde [10]. Nimmt man den Gesamtbeschluß als Rechtsgeschäft [11], so kann er in drei Phasen zergliedert werden: Willensbildung, Willenserklärung, Ausführung [12].

Im Stadium der Willensbildung ergehen die einzelnen Willenserklärungen der Mitglieder (bei der Abstimmung); in der zweiten Phase entsteht (als Abstimmungsergebnis) ein neuer Sonderwille der Gesellschaft, der von den Einzelwillen losgelöst ist. Nun liegt eine Willenserklärung der Gesellschaft vor. Die Ausführung des Beschlusses erfolgt bei Körperschaften durch das Organ; aber auch bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft hat der vertretende Gesellschafter Organstellung (OR 567^{III}) [13]. Bei der einfachen Gesellschaft geschieht die Ausführung durch den Vertreter der «Gesellschaft oder sämtlicher Gesellschafter», wie sich Art. $543^{II/III}$ OR ausdrückt.

[9] Hartmann, Art. 557 N. 13; Siegwart, Art. 534 N. 6; Becker, Art. 534 N. 4; Wieland, p. 571.

[10] So Flachsmann, p. 19; ohne diese Einschränkung; Wieland, p. 407 Anm. 28; Guhl, in ZBJV Bd. 53, p. 8/9 und 16. Siegwart, Vorb. zu Art. 530/51 N. 16, erklärt diese Auffassung gleichfalls als zulässig.

[11] Planck, Komm.BGB, p. 88; Guhl, p. 82/83; v. Tuhr, Hbd. I, p. 134/35; Egger, Komm.ZGB, Art. 7 N. 9; Becker, Art. 534 N 1.

[12] Gierke, Gen.theorie, p. 693 ff.; BGE 47 II 308.

[13] Guhl, p. 417; Siegwart, Art. 567 N. 6.

Das Organ der Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft oder der Vertreter (Geschäftsführer) der einfachen Gesellschaft kann nun — als Ausfluß der gemeinsamen Rechtssphäre — unter anderem auch die Erfüllung innergesellschaftlicher Leistungspflichten fordern und durchsetzen [14].

Wenn die Kompromißtheorie auch dem einzelnen Personengesellschafter die Rechtszuständigkeit zuspricht, Gesellschaftsansprüche geltend zu machen — als Ausfluß der individualistischen Rechtssphäre —, so liegt die Gefahr nahe, daß durch das Nebeneinander einer doppelten Rechtszuständigkeit die interne Zusammenarbeit in Mitleidenschaft gezogen werden kann. Dem suchen Vertreter der Kompromißtheorie in der Doktrin und Praxis durch ein gewisses Ordnungsprinzip vorzubeugen. — Gierke [15] läßt eine Klage des Einzelgesellschafters nur zu, wenn dadurch nicht in die Tätigkeit der Gesellschaft oder ihres Vertreters eingegriffen wird. Letztere haben also den Vorrang, und der Einzelgesellschafter kann nur in die Lücke einspringen, wenn die Funktionen des berufenen Vertreters aus irgendeinem Grunde nicht zur Geltung kommen können.

Nach Siegwart [16] muß von Fall zu Fall untersucht werden, wie weit auch nach innen die Personengesellschaft als eine Einheit behandelt werden kann. Das sei bei den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften in weiterem Umfange der Fall, ebenso bei ähnlichen Gesellschaften «mit eigenem Vermögen und eigener Gesellschaftskasse». — Insbesondere kann nach dem gleichen Autor die uns interessierende Beitragspflicht

[14] v. Tuhr, Hbd. I, p. 384; Siegwart, Vorb. zu Art. 530—51 N. 69; Job, p. 104; Bl.f.ZR Bd. 25, p. 70; SJZ Bd. 19, p. 250; Wieland, p. 546, 563.

[15] Gierke, Gen.theorie, p. 531, Anm. 2. — Aehnlich argumentiert J. v. Gierke, p. 171.

[16] Siegwart, Vorbem. zu Art. 530—51, N. 93 ff. (insbes. N. 95).

«im weitern Umfang als eine Angelegenheit der Gesellschaft gegenüber dem Mitglied angesehen werden».

Ferner können nach Siegwart auch die persönlichen Umstände, unter denen der Streit auftritt, bedeutsam sein, nämlich «wenn ein in der Geschäftsführung zurückgesetzter Gesellschafter ganz allein gegen alle andern steht, so kann eher der gesellschaftliche Apparat gegen ihn verwendet werden, als wenn auf beiden Seiten mehrere Gesellschafter stehen oder auf beiden nur je einer». — Schließlich erklärt der gleiche Autor sowohl die Gesellschaft als auch den Einzelgesellschafter zur Klage aktiv legitimiert, wenn dies «unter Umständen berechtigt und möglich ist». Der Einzelne könne jedoch nur auf Leistung an die Gesellschaft klagen, so insbesondere auf Erfüllung der Beitragspflicht.

Die bundesgerichtliche Judikatur ist uneinheitlich und spricht sich nicht prinzipiell aus, sondern jeweilen nur mit Bezug auf den beurteilten Fall. — Auch der Gesellschafter sei legitimiert, Leistungen an die Gesellschaft einzuklagen (actio pro socio)[17a]. Die Verpflichtung des Kommanditärs zur Einzahlung der Kommandite bestehe aber nur gegenüber der Gesellschaft, nicht gegenüber den Gesellschaftern[17b]. Die Gesellschaftsklage wird für die Beitragspflicht, wie für die Schadenersatzpflicht, in der unliquidierten Gesellschaft zugelassen[17c]. Abgelehnt wird hingegen eine Gesellschaftsklage, wenn auf beiden Seiten je nur ein Gesellschafter steht[17d].

Das Zürcher Obergericht erklärte in einem Entscheid (unter Berufung auf Wieland)[18], beide Klagen seien zulässig. der Gesellschaftsklage käme aber größere Bedeutung zu als der des Einzelgesellschafters; sie habe daher den Vorrang. Wieland macht freilich einen solchen Rangunterschied nicht. —

[17] a) BGE 24 II 736; b) 37 II 35; c) 24 II 854, 37 II 37, 45 II 453; d) 23 I 284.

[18] Bl.f.ZR Bd. 25, p. 68 ff.; Wieland, p. 546, 640/41.

Das Reichsgericht bejaht das Klagerecht der Gesellschaft wie jedes Mitgesellschafters [19].

Systematischer unterscheidet Hartmann [20] — bei der Kollektivgesellschaft — zwischen den Sozial- und Individualverpflichtungen. Zu den ersteren zählt er insbesondere die Beiträge, Nachschüsse, zu den letzteren besonders die Gewinne, Zinsen, Honorare. Zur Geltendmachung von Forderungen und Verpflichtungen sozialrechtlicher Natur ist nach Hartmann die Gesellschaft legitimiert. Aber auch den einzelnen Gesellschafter sieht er als berechtigt an, die Leistung an die Gesellschaft zu verlangen. — Individualrechtliche Beziehungen entstehen, wo der Gesellschafter als Dritter der Gesellschaft gegenübersteht, indem er mit ihr vertragliche Beziehungen eingeht, wie Kauf, Miete [21]. Diese Beziehungen sind nach synallagmatischen Grundsätzen zu behandeln. Möglich sind auch gemischt sozial- und individualrechtliche Beziehungen, z. B. bei Vereinbarung eines bestimmten Honorars. Diese sind im allgemeinen aber nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.

V. STELLUNGNAHME IM HINBLICK AUF DIE BEITRAGSPFLICHT

Die uns hier allein interessierende Beitragspflicht ist unbestritten eine sozialrechtliche. — Die Gesellschaft ist Leistungsempfängerin. Sie kann daher durch ihre Vertreter auf

[19] RGZ 76, 277; 90, 301; 91, 36.

[20] Hartmann, Art. 557 N. 4 ff. Im Anschluß an ihn: Job, p. 97 ff.; ähnlich: Düringer-Hachenburg, Bd. II/1, Allg. Einl., Anm. 83 ff.; Enneccerus-Lehmann, p. 711; Closs, p. 26.

[21] Hartmann bezieht sich hier auf BGE 30 II 521.

Leistung klagen. Stände der Anspruch auf Beitragsleistung nur dem einzelnen Mitgesellschafter zu, so wäre dieser Anspruch z. B. dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger (bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft) entzogen, was für den Rechtsverkehr untragbar ist [22].

Der Gesellschafter ist Versprechensempfänger. Dieses Recht beruht auf dem Gesellschaftsvertrag, worin sich die Teilhaber gegenseitig zu dieser Beitragsleistung verpflichtet haben. Auf Grund seiner Gesellschafterstellung ist somit der einzelne Gesellschafter legitimiert, die Leistung an die Gesellschaft zu verlangen. Er macht dabei sein eigenes Recht geltend, den Anspruch auf Förderung des Gesellschaftszweckes, d. h. auf Erfüllung des Vertrages. Dieser Anspruch auf Leistung der Beiträge und auf die damit wesensverwandten Pflichten mit vermögensrechtlichem Einschlag stellt sogar den Hauptanwendungsfall der Gesellschafterklage (actio pro socio) dar [23]. — Wer kann nun zunächst für die eine oder andere Personengesellschaft den Anspruch geltend machen?

Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sind aktiv und passiv parteifähig, auch in Prozessen mit ihren Gesellschaftern (OR 562) [24]. Streitig ist freilich in der Doktrin, ob die Prozeßführung ein Vertretungsakt oder ein Geschäftsführungsakt sei, ob also der Geschäftsführer der Gesellschaft oder der Vertreter zur Prozeßführung berufen sei [25]. — Die Frage ist nur dort

[22] Hueck, p. 140; RGZ 76, 277; Düringer-Hachenburg, Bd. II/1, Allg. Einl., Anm. 84; Deermann, p. 10; Staudinger-Geiler, Komm.BGB, § 705, Anm. 41 ff.

[23] Job, p. 105; v. Tuhr, Hbd. II, p. 526; ZBJV Bd. 34, p. 16; ZHR Bd. 22, Nr. 21 (p. 283/84).

[24] Siegwart, Art. 562 N. 6; Egger, Art. 53 N. 13.

[25] Für Vertretungsakt: Hartmann, Art. 557 N. 4; Wieland, p. 593, RGZ 90, 30. Für Geschäftsführungsakt: Staudinger-Geiler, Komm.BGB, § 705, Anm. 41; RGZ 91, 35.

relevant, wo innere und äußere Geschäftsführung getrennt sind. Die innere besteht in der Entgegennahme der Beiträge, der tatsächlichen Vermögensverwaltung, der Rechnungsführung usw., die äußere im Abschluß und in der Ausführung von Rechtsgeschäften mit Dritten als Vertreter der Gesellschaft. Da nach Art. 535 OR volle Geschäftsführung Regel und im Geschäftsleben üblich ist [26], wird die Unterscheidung zwischen Geschäftsführung und Vertretung meistens gegenstandslos. Wo aber eine Trennung vertraglich festgelegt ist, fällt die Einziehung der Beiträge unter die innere Geschäftsführung; die Prozeßführung ist also ein Geschäftsführungsakt. Zur Prozeßführung wegen Erfüllung der Beitragspflicht ist somit nicht der Vertreter, sondern der Geschäftsführer berufen. Im übrigen ist sie einer Verfügung über eine Gesamtberechtigung gleichzustellen [27].

Die einfache Gesellschaft ist nicht parteifähig. Es genügt aber jedenfalls, wenn alle diejenigen Gesellschafter, welche das Gemeinschaftsinteresse gegen einen Mitgesellschafter wahrnehmen, dem Geschäftsführer ihre Ansprüche abtreten oder eine Prozeßvollmacht ausstellen [28].

Was die Klage des einzelnen Gesellschafters anbetrifft, ist zu bemerken: in erster Linie erfolgt die Einforderung durch den Geschäftsführer, von dem ja der Impuls für sämtliche Innen- und Außenhandlungen ausgeht. Die Geltendmachung von Sozialansprüchen gehört dabei zu den außergewöhnlichen

[26] Siegwart, Art. 535 N. 4.

[27] Siegwart, Art. 544 N. 16; ders., Art. 562 N. 6; Gysler, p. 11. — Hingegen ist der Geschäftsführer nicht legitimiert, z. B. eine Anfechtungserklärung (Unverbindlichkeitserklärung) des Gesellschaftsvertrages wegen Willensmängel (OR 31) entgegenzunehmen, sie muß vielmehr sämtlichen Gesellschaftern gegenüber erfolgen: v. Arx, p. 58.

[28] Siegwart, Vorbem. zu Art. 530—51, N. 98; BGE 12, 206; Bl.f.ZR Bd. 12, p. 211.

Handlungen des Geschäftsführers [29]. Der einzelne Gesellschafter wird daher in der Regel nur dann die Klage erheben, wenn der Geschäftsführer selber beitragssäumig wird oder nicht geneigt bzw. nicht in der Lage ist, die Klage anzustellen.

Die Klage des Geschäftsführers kann schon durch den Widerspruch auch nur eines Mitgesellschafters verhindert werden (OR 535^{II}). Wäre es nun billig, wenn in solchen Fällen die übrigen Gesellschafter, die vom Bestehen des Anspruches überzeugt sind, sich mit der Nichtgeltendmachung abfinden müssen? Ganz besonders tritt das Bedürfnis nach einer solchen Klagemöglichkeit dann hervor, wenn der Geschäftsführer selbst in Anspruch genommen werden soll. — Wo Mehrheitsbeschluß vorgesehen ist (OR 534^{II}), kann allerdings durch einen solchen das Veto beseitigt werden. Im übrigen muß ein in guten Treuen erhobener Widerspruch beachtet werden, selbst wenn er wirtschaftlich unüberlegt ist. Bei Verschulden kann er jedoch zu Schadenersatz führen [30].

Damit aber aus der mehrfachen Rechtszuständigkeit keine Störung des Verbandslebens erfolge, verlangt es das gesellschaftliche Treueprinzip [31], daß der Einzelgesellschafter sich nicht in den Tätigkeitskreis des Geschäftsführers eindränge. — Die Klage des Einzelgesellschafters soll denn auch nur zulässig sein, wenn die Funktionen des Gemeinschaftsorgans aus irgendwelchen Gründen nicht zur Geltung kommen können. Aber nicht nur aus diesem Grunde muß die Klage des Einzel-

[29] Siegwart, Art. 535 N. 4; Job, p. 105. Da zumeist volle Geschäftsführung vorliegt (nach innen und außen), tritt die Unterscheidung in praxi wenig hervor.

[30] Siegwart, Art. 535 N. 11; Becker, Art. 535 N. 12; Wieland, p. 569/70; BGE 22 II 597, 33 II 138.

[31] Zu diesem Prinzip: Gloor, p. 12 ff.; Hueck, p. 120 ff.; Hartmann, Art. 552 N. 19; Art. 557 N. 2, 13, 19; zum Ordnungsprinzip: Job, p. 103, 105.

gesellschafters auf Beitragsleistung an die Gesellschaft zurücktreten. Auch gegen einen wirklichen Willensentschluß der Gesellschaft darf sie nicht geltend gemacht werden. Ein solcher setzt grundsätzlich Einstimmigkeit voraus (OR 534[1]). Nur wo Mehrheitsbeschluß vorgesehen ist, kann der Einzelgesellschafter überstimmt und darf eine Klage auf Beitragsleistung an die Gesellschaft nicht mehr erhoben werden.

Vom Geschäftsführer allein können Verzicht auf den Beitrag oder Stundung nicht ausgehen, denn dies ist nicht ein einfacher Akt der Geschäftsführung, sondern vielmehr eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages. — Schließlich ist jede treuwidrige Klage des Einzelgesellschafters auf Beitragsleistung nicht zuzulassen. Treuwidrig handelt er dann, wenn er schuldhaft überwiegende Gesellschaftsinteressen verletzt.

Obschon die Gesellschaftsklage dem Schutz des Einzelnen dient, müssen doch während der werbenden Gesellschaft vor allem die Gesellschaftsinteressen berücksichtigt werden. Erst wenn bei Auflösung die interne Auseinandersetzung beginnt, werden mit der Gesellschafterklage ausschließlich individualrechtliche Forderungen verfolgt [32].

[32] Siegwart, Art. 548—50 N. 30; Job, p. 121; vgl. auch: Erfüllung im Stadium der Auflösung, unten, p. 147 ff.

3. KAPITEL

UNMÖGLICHKEIT DER ERFÜLLUNG

§ 15 DIE GESETZLICHE REGELUNG

Erfüllung der Beitragspflicht ist die nach Gegenstand, Zeit und Ort richtige Leistung an die Gesellschaft [1]. Nichterfüllung kann aus verschiedenen Gründen eintreten und zeitigt demzufolge verschiedene Rechtsfolgen [2]. — Der Grund der Nichterfüllung kann in der Unmöglichkeit der Leistung liegen, ohne daß sie dem Schuldner oder Gläubiger zur Last fällt. Es können aber auch der Schuldner oder Gläubiger die Unmöglichkeit zu verantworten haben. Einen weitern Fall bildet die schuldhafte Nichterfüllung oder nichtgehörige Erfüllung bei objektiver Möglichkeit der Leistung. Für die Personengesellschaften fehlen besondere Bestimmungen in dieser Richtung. Es verbleibt somit bei den allgemeinen Bestimmungen des OR.

Die Regelung der Folgen der Nichterfüllung in Art. 82 ff., 91 ff. und 97 ff. OR ist auf ihre Anwendbarkeit bezüglich der Personengesellschaften besonders zu prüfen, da die allgemeinen Bestimmungen des OR in erster Linie auf synallagmatische Verhältnisse zugeschnitten sind [3]. — Zu prüfen verbleibt aber auch, ob die Bestimmungen über die Folgen der

[1] Vgl. hiezu: p. 81 f. oben.

[2] Müller, p. 51 f.

[3] Vgl. hiezu: p. 79 f. oben.

Nichterfüllung, wie sie bei den einzelnen Vertragsverhältnissen vorgesehen sind, auf die Personengesellschaften anwendbar sind. Dazu gehören insbesondere die Art. 190/91 über den «Verzug in der Uebergabe» beim Fahrniskauf sowie über den Verzug des Käufers (OR 214/15), ferner gewisse Bestimmungen bei synallagmatischen Dauerverträgen, insbesondere bei Miete und Pacht. Dies um so mehr, als Art. 531^{III} OR, wenn auch in andern Belangen (Gefahrstragung, Gewährleistung), auf die entsprechende Anwendung der Grundsätze des Kaufs wie des Mietvertrages ausdrücklich hinweist.

§ 16

DIE UNVERSCHULDETE UNMÖGLICHKEIT

I. URSPRÜNGLICHE

Gemäß Art. 119^{I} OR gilt die Forderung als erloschen, «soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist». Das hat bei synallagmatischen Verträgen den Untergang des Schuldverhältnisses zur Folge [4], da dort der Vertragszweck mit der Erbringung der Leistung zusammenfällt. Ist hingegen die Leistung schon im Zeitpunkt der Entstehung der Obligation unmöglich geworden, so hat dies bei synallagmatischen Verträgen die Nichtigkeit des Schuldverhältnisses zur Folge (OR 20^{I}). — Doch schon bei diesen Geschäften liegt der Fall anders, wenn im Vertrage mehrere Leistungen versprochen

[4] Guhl, p. 36; v. Tuhr, Hbd. II, p. 528.

sind und nur eine davon unmöglich wird. Das Schuldverhältnis bleibt für die noch möglichen Leistungen bestehen, wenn nicht anzunehmen ist, daß die Parteien den Vertrag ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen hätten (OR 20^{II}) [5].

Beim Gesellschaftsvertrag, wo die Beitragsleistung nicht Zweck, sondern nur Mittel zum Zweck ist, tritt durch die Unmöglichkeit dieser Leistung, auch wenn sie schon bei Vertragsschluß bestanden hat, im Prinzip nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrages ein, wenn nicht anzunehmen ist, daß die Parteien den Vertrag ohne den nichtigen Teil gar nicht geschlossen hätten [6]. — Das ergibt sich aus der sinngemäßen Anwendung des Art. 20^{II} OR.

Die generelle Pflicht des Gesellschafters, den Gesellschaftszweck zu fördern, erschöpft sich in der Regel im Beitrag nicht allein. Dieser ist ja rechtlich nicht einmal geschäftswesentlich. Nur wenn die beabsichtigte Art der Zweckförderung nicht mehr möglich oder gerade von diesem Beitrag abhängig wäre, müßte Nichtigkeit des Vertrages gemäß Art. 20^{I} OR eintreten; z. B. bei einer Gesellschaft zwecks Patentverwertung, wenn das Patent schon bei Vertragsschluß nichtig war.

Sonst entbindet die Unmöglichkeit einer Beitragsleistung, selbst wenn sie schon bei Vertragsschluß bestanden hat, den Gesellschafter zwar von seiner vertraglichen Beitragspflicht, ohne ihn aber im übrigen von den gesellschaftlichen Bindungen zu befreien.

[5] Guhl, p. 49; BGE 63 II 414.

[6] Staudinger-Geiler, Komm.BGB, § 705, Anm. 4 ff.; RGR-Komm. z. BGB § 705, Anm. 2; J. v. Gierke, p. 44; Siegwart, Vorb. zu Art. 530—51 N. 118.

II. NACHFOLGENDE

Um so weniger bewirkt im Gesellschaftsverhältnis eine *nach Vertragsschluß* eintretende unverschuldete Unmöglichkeit den Untergang des Schuldverhältnisses gemäß Art. 119[I] OR. Schon bei synallagmatischen Verträgen bleiben in diesem Falle die noch möglichen Leistungen geschuldet, wie dies ja positivrechtlich sogar bei Nichtigkeit einer von mehreren Leistungspflichten der Fall ist (OR 20[II]). Des weitern ist selbst in synallagmatischen Verhältnissen bei teilweiser Unmöglichkeit das zu leisten, was möglich ist, wenn der Gläubiger darauf besteht (OR 69)[7].

Bei *vorübergehender Unmöglichkeit* erlöschen die Rechte des Gläubigers nur für die Dauer des Hindernisses, wenn diese Dauer nicht unübersehbar oder die Forderung nach Inhalt und Parteiwillen an eine gewisse Zeit gebunden ist[8]. Schließlich hat bei synallagmatischen Verträgen der Schuldner bei nachfolgender unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung das sogenannte stellvertretende commodum zu leisten, das heißt den Ersatz oder Ersatzanspruch, den er für den geschuldeten Gegenstand erlangt. Dazu gehören z. B. bezogene Versicherungssummen, Entschädigungen für Enteignung, Schadenersatzansprüche gegen Dritte[9].

Auch im Gesellschaftsverhältnis ist bei nachfolgender Unmöglichkeit der Beitragsleistung die Pflicht zur Ausfolgung des stellvertretenden commodums unbestreitbar. Die übrigen noch möglichen Leistungspflichten des Gesellschafters (Geschäftsführung, Vertretung usw.) bleiben bestehen, soweit der

[7] Oser, Art. 119 OR N. 12; BGE 43 II 1.

[8] Oser, Art. 119 N. 13; BGE 44 II 519.

[9] Positivrechtlich: BGB § 281; CC Art. 1203. Für das OR: v. Tuhr, Hbd. II, p. 572; Oser, Art. 119 N. 14; BGE 43 II 234, 51 II 175.

Gesellschaftszweck überhaupt noch erreichbar bleibt [10]. — Wird hingegen durch die nachfolgende Unmöglichkeit der Beitragsleistung der Gesellschaftszweck unerreichbar, dann greift Art. 545, Ziff. 1 (eventuell Ziff. 7) OR ein (Erlöschen oder Auflösung der Gesellschaft wegen Zweckunmöglichkeit), nicht Art. 119 OR.

Es ergibt sich daraus im weitern aber auch die Folgerung, daß der Gesellschafter wegen Unmöglichwerdens der Beitragsleistung eines Mitgesellschafters die eigene Beitragsleistung nicht zurückhalten darf oder, wenn er bereits geleistet hat, keinen Anspruch auf Rückleistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung hat [11]. Ohne den weitern Ausführungen über die Einrede des unerfüllten Vertrages vorzugreifen [12], sei hier nur darauf hingewiesen, daß der Beitrag, den der eine Gesellschafter erbracht hat, für den gemeinsamen Zweck geleistet wurde und nicht zum Privatvorteile desjenigen, dessen Leistung unmöglich wurde. Die Gesellschafter vereinigen sich zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zieles, auf dessen Erreichung die Leistungen und Anstrengungen der Partner konzentrisch gerichtet sind. Sie werden nicht gegeneinander eingetauscht und brauchen auch nicht gleichwertig zu sein.

Nun erhebt sich die Frage, ob vom Gesellschafter bei unverschuldeter nachfolgender Unmöglichkeit der Beitragsleistung eine zweckdienliche Ersatzleistung gefordert werden kann. Eine Pflicht zur Ersatzleistung nimmt Fraefel ohne

[10] Siegwart, Vorb. zu Art. 530—51 N. 118, läßt evtl. eine Ersatzleistung zu, worunter er vielleicht das stellvertretende commodum meint; Fraefel, p. 46, nimmt aber allgemein eine Pflicht zur Ersatzleistung an (was Siegwart, s. obige Note, nur in Klammern vermerkt, ohne dazu Stellung zu nehmen).

[11] Buser, p. 116; Fraefel, p. 64.

[12] Vgl. hiezu: p. 151 ff. unten.

nähere Begründung an [13]. Vorsichtiger läßt Siegwart «eine geringfügige Anpassung des Gesellschaftsverhältnisses an die durch Teilnichtigkeit entstandene neue Sachlage» zu und zwar in «Erweiterung des dem Art. 2^{II} OR zugrundeliegenden Gedankens sei dem Richter die Befugnis zuzuerkennen, die Anpassung zwangsweise anzuordnen. Bedeutendere Anpassungen, die nötig sind oder gewünscht werden, um die Gesellschaft zu erhalten, bedürfen jedoch stets der Zustimmung aller Beteiligten» [14].

Die Berufung auf eine Ausweitung des dem Art. 2^{II} OR zugrunde liegenden Gedankens [15] geht jedoch für die richterliche Erweiterung der Beitragspflicht zu weit, da diese Bestimmung sich auf «Nebenpunkte einer Vereinbarung» bezieht. Jedenfalls könnte sie nur herbeigezogen werden, wenn der Beitrag ein Nebenpunkt ist, also wenn ihm im Verhältnis zu den andern Leistungen des Gesellschafters im konkreten Fall nur geringfügige Bedeutung zukommt. Ein solcher Fall dürfte aber selten sein und darum praktisch von geringer Bedeutung.

Eher könnte man eine Pflicht zur Ersatzleistung aus der Treuepflicht des Gesellschafters ableiten, seiner «unausgesprochenen Haftpflicht» [16]. Kaum zulässig ist es aber, dem Gesellschafter, den ein unverschuldeter, vielleicht sogar sehr schwerer Vermögensverlust betroffen hat, ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung noch eine weitere Leistung aufzuerlegen. — Jedenfalls würde dies auch mit der bundesgerichtlichen Praxis kaum zu vereinbaren sein, nach welcher allfällige Abände-

[13] Fraefel, p. 46.

[14] Siegwart, Vorb. zu Art. 530—51 N. 118.

[15] Siegwart, Vorb. zu Art. 530—51 N. 118 (unter Hinweis auf Schweingruber, Der wirtschaftlich schwächere Vertragspartner, Diss. Bern, 1930, p. 177).

[16] Enneccerus-Lehmann, BGB § 177, p. 714; Gloor, p. 12.

rungen der Beitragsabmachungen der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedürfen [17].

Es ist aber im Einzelfalle durch Vertragsauslegung abzuklären, ob nicht nach dem Willen der Parteien der geschuldete Beitrag nur als eine «konkrete Form» eines in bestimmter Höhe einzubringenden Kapitals anzusehen ist. Es kann sich z. B. ergeben, daß es den Parteien weniger darauf ankam, in welcher Gestalt der versprochene Beitrag entrichtet wird, ob in bar oder in Sachwerten, als vielmehr darauf, daß der Gesellschafter überhaupt einen bestimmten Wert beisteuere. In diesem Falle ist er zur Ersatzleistung nach Vertragsauslegung verpflichtet [18].

Haben einer oder mehrere Mitgesellschafter dem leistungsfähigen Partner seine Leistung schuldhaft verunmöglicht, z. B. auf Grund einer falschen Anordnung, so hat die Gesellschaft gegen den Fehlbaren einen Anspruch auf Ersatz des ihr dadurch verursachten Schadens wegen Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft. Der verhinderte Gesellschafter verbleibt in der Gesellschaft und hat gleichfalls gegen den Fehlbaren Ersatzansprüche. Der Ersatz kann unter anderem auch so bewirkt werden, daß der oder die Schadenstifter die Leistung des Verhinderten an die Gesellschaft bewirken, seine Tätigkeit übernehmen oder durch Hilfskräfte ausführen lassen, soweit Dritte dazu überhaupt zugelassen sind. Auch die Differenz zwischen dem sehr wahrscheinlichen und dem nunmehr erzielten Ergebnis ist der Gesellschaft zu ersetzen [19]. Ist der fehlbare Mitgesellschafter insolvent, so können die übrigen Teilhaber kündigen oder die Auflösung der Gesellschaft verlangen.

[17] BGE 53 II 495.

[18] Hueck, p. 39; Knoke, p. 45; Deermann, p. 51; bezüglich einer ergänzenden Vertragsauslegung: RGZ 164, 202.

[19] Düringer-Hachenburg, Bd. II/1, Vorb., § 705, Anm. 49.

III. DIE EINWIRKUNG AUF DIE GEGENLEISTUNG

1. Bei Sachleistungen

Art. 531III OR bestimmt, daß in bezug auf die Gefahrstragung die Grundsätze des Kaufvertrages «entsprechende» Anwendung finden, sofern der Gesellschafter (als Beitrag) Eigentum zu übertragen hat, hingegen die Grundsätze des Mietvertrages, sofern sein Beitrag in der Gebrauchsüberlassung einer Sache besteht. Ueber den Beitrag in Arbeitsleistungen ist nichts bestimmt. — Bei Sacheinlagen, die zu Eigentum eingebracht werden sollen, trägt also die Gesellschaft im Sinne des Art. 185I OR die Gefahr [20].

Somit behält der wegen unverschuldeter Unmöglichkeit seinen Beitrag nicht leistende Gesellschafter (wie der Verkäufer) seinen Anspruch auf die «Gegenleistung», das heißt auf die Anteilsrechte, besonders auf den Gewinnanteil [21], als ob er seine Beitragspflicht erfüllt hätte [22]. Allerdings sind die Kaufgrundsätze nur «entsprechend» anzuwenden, das heißt unter voller Berücksichtigung der Verschiedenheiten zwischen Kauf und Gesellschaft.

Eine Sacheinlage zu Eigentum kann im konkreten Fall für die Zweckerreichung von ausschlaggebender Bedeutung sein, wenn mit ihr der Zweck steht und fällt bzw. die Erreichung

[20] Oser, Art. 185 N. 6; Becker, Art. 185 N 3.

[21] Z. B. aus Gewinn, der (ohne Rücksicht auf Art und Größe des Beitrages) für jeden Gesellschafter im Prinzip gleich ist (OR 533I); das gleiche gilt aber auch für den Anteil am Verlust. Hueck, p. 39, verlangt eine Gewinnkürzung aus Billigkeit.

[22] Buser, p. 116; Fraefel, p. 46. Wespi, p. 52, meint, es sei nicht zutreffend, daß bei Unmöglichkeit der Leistung, bevor die Gesellschaft in Vollzug tritt, der Anspruch auf die Gegenleistung verlorengehe.

desselben wesentlich von der Einlage abhängt. Da Sachleistungen in der Regel nur gemacht werden, bevor die Gesellschaft ihre Tätigkeit aufgenommen hat, kann die Unbilligkeit für die Mitgesellschafter, die sich daraus ergibt, daß der vom Beitrag Freigewordene an den Erfolgen der Gesellschaft voll teilnehmen soll, dadurch beseitigt werden, daß sie Auflösung der Gesellschaft wegen Zweckunmöglichkeit eintreten lassen (OR 545, Ziff. 1). — Bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ist auch Ausschließung möglich. In diesem Falle muß aber über den «wichtigen Grund» der Richter entscheiden (OR 576) [23].

Tritt die Unmöglichkeit der Beitragsleistung eines Gesellschafters nach Invollzugsetzung der Gesellschaft ein, vielleicht erst nachdem die Gesellschafter Jahre hindurch ihren Verpflichtungen nachgekommen und das ursprüngliche Anlagevermögen umgesetzt, Schulden gemacht haben, dann ist um so stärker der auf Dauer berechnete Zweck der Gesellschaft zu berücksichtigen und in den Vordergrund zu rücken, da sich der Zweck ja nicht in der Leistung der Einlagen erschöpft. — Die Auflösung wird in diesem Falle in der Regel nicht die angemessenste Lösung sein. An Stelle des sofortigen Aufhörens der Gesellschaft bietet sich aber nach Art. 545, Ziff. 6, OR unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit einer Kündigung. — Schließt eine zeitliche Bestimmung der Dauer die vorzeitige Kündigung aus, so bleibt allerdings nur die richterliche Auflösung aus einem wichtigen Grund [24]. — Nach der konstanten Praxis des Bundesgerichtes [25] liegt ein solcher wich-

[23] Dadurch, daß der Entscheid dem richterlichen Ermessen überlassen wurde, ist die Anpassung an das Wesen der Gesellschaft in einfacher und zweckmäßiger Weise gesichert.

[24] Fraefel, p. 46; Staudinger-Geiler, Komm.BGB, § 705, Anm. 37; Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, § 165, Anm. 17; Hueck, p. 50.

[25] BGE 16, 777; 20, 597; 24 II 193, 30 II 462.

tiger Grund vor, «wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher Natur, unter denen der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde, nicht oder nicht mehr vorhanden sind, so daß die Erreichung des Gesellschaftszwecks in der bei Eingehung der Gesellschaft beabsichtigten Art nicht mehr möglich oder wesentlich erschwert oder gefährdet wird». — Eine Voraussetzung persönlicher Natur für die Erreichung des Gesellschaftszweckes kann besonders bei einer Personengesellschaft mit kapitalistischem Charakter die Erfüllung der Beitragspflicht sein.

Eine rechtliche Grundlage für eine Vertragsanpassung ohne Auflösung ersieht Siegwart [26] in einer extensiven Interpretation des Art. 2[II] OR (über Nebenpunkte), soweit es sich nur um eine «geringfügige Anpassung» handelt. Doch scheint als rechtliche Grundlage die sogenannte clausula rebus sic stantibus empfehlenswerter zu sein [27]. — Das Bundesgericht hat wohl auf Grund dieser Klausel in wiederholter Weise Rücktrittsrechte anerkannt, die weder auf Gesetz noch auf Vertrag zurückzuführen waren [28], Vertragsanpassungen dagegen abgelehnt. Diese Frage muß demnach offen gelassen werden.

Vertraglich kann eine Anpassung des Gesellschaftsverhältnisses an die neue Sachlage naturgemäß in den Grenzen der Vertragsfreiheit beliebig geschehen. Dazu bedarf es aber der

[26] Siegwart, Vorbem. N. 118.

[27] Eine solche schlägt Deermann, p. 58, vor, unter Berufung auf Entscheidungen des Reichsgerichtes und vor allem der Reichs-Kartellgerichte in der ersten Nachkriegszeit.

[28] BGE 45 II 354, 45 II 386, 48 II 252, 59 II 372, 62 II 35. BGE 47 II 314 ist der einzige Entscheid, mit welchem ein Mietzinszuschlag wegen Steigerung der Heizungskosten bewilligt wurde. Dies betrifft eine Nebenleistung; stark kritisiert von Merz, «Die Revision der Verträge durch den Richter» in ZSR, N. F. 61, p. 489a ff.

Zustimmung aller Beteiligten. Selbst wenn Mehrheitsbeschlüsse vorgesehen sind, können sie derartige Vertragsänderungen nur decken, wenn der ausdrückliche oder stillschweigende Parteiwille dies zuläßt [29]. — Die Anpassung kann z. B. gefunden werden im Ausscheiden des nichtleistenden Gesellschafters, in einer Ersatzleistung desselben, in der Kürzung seiner Rechte.

2. Bei Gebrauchsleistungen

Bei diesen sind gemäß Art. 531III OR die Grundsätze des Mietvertrages in bezug auf die Gefahrstragung anzuwenden. Es wurde aber in dieser Hinsicht hervorgehoben, daß die gesetzliche Ordnung des Mietvertrages solche Bestimmungen nicht aufweist. Somit kommen bei Miete und Pacht die allgemeinen Vertragsnormen zur Anwendung, insbesondere Art. 119 OR. Geht die Gebrauchssache ohne Schuld des Vermieters (Verpächters) unter, z. B. durch Naturereignisse, so erlischt dessen Obligation. Der Vermieter ist des weitern auch nicht pflichtig, das zum Gebrauche überlassene Gebäude, das durch Feuersbrunst zerstört wird, wieder aufzurichten. Dieselbe Folge ergibt sich bei teilweisem Untergang, wenn die Wiederherstellung unverhältnismäßige Kosten verursachen würde. Das gleiche ist anzunehmen, wenn Polizeiverbote den Gebrauch oder die Ausmietung eines Hauses untersagen, wenn die Sache expropriiert wird usw.[30].

Da somit die Ausnahme, wie sie die Gefahrstragung beim Kauf darstellt, bei Miete nicht Anwendung findet, sollte der

[29] Wieland, p. 578, Anm. 4; Vogelsang, p. 117; Gysin, p. 388; Siegwart, Art. 534 N. 9.

[30] Becker, Art. 254 N. 13; Oser, Art. 254 N. 8; BGE 39 II 288.

Gesellschafter bei unverschuldeter Unmöglichkeit, das Nutzobjekt zu inferieren, auch nicht die «Gegenleistung» in gesellschaftlichen Anteilsrechten erwerben. Das wäre aber gegen das Wesen des Gesellschaftsrechtes, weil die gesellschaftlichen Pflichten sich nicht in der Leistung der Beiträge erschöpfen.

Selbst der Gesellschafter, der nur die Einlage leistet, ohne mit geschäftsführenden oder Vertretungsfunktionen bedacht zu werden, übernimmt ja die unbeschränkte Haftung für Gesellschaftsschulden, setzt also seine wirtschaftliche Existenz ein. — Ueber die «Gegenleistung» können ferner die Folgen nicht verschieden sein, je nachdem, ob der Beitrag in Veräußerungs-, Gebrauchs- oder andern Leistungen besteht. Für eine solche Differenzierung fehlt jeder Grund, da die generelle und die vertragliche Pflicht, den Gesellschaftszweck zu fördern, bei allen Beitragsarten die gleiche ist.

Die Bestimmung des Art. 531[III] OR über die Anwendung von Mietrecht auf die Gefahrstragung ist daher schlecht gewählt. Denn die Unmöglichkeit der Benutzung der Mietsache aus einem vom Mieter nicht verschuldeten Grund hebt ja den Mietvertrag auf und damit auch die Gegenleistungspflicht, d. h. die Mietzinszahlung. Die Folgen für den Gesellschafter wären daher verschieden bei der Nichterbringbarkeit der Gebrauchsleistung und der Sachleistung. In der Literatur, insbesondere in den Kommentaren, findet man keinen Hinweis auf das Unzutreffende dieser Gesetzesbestimmung [31].

Da für eine Differenzierung der Folgen einer unverschuldeten Nichterbringung der Beitragsleistung, je nachdem, ob es sich um Veräußerungs-, Gebrauchs- oder andere Leistungen handelt, kein Grund vorliegt, bleibt allein maßgebend, ob das Unterbleiben der Beitragsleistung im Einzelfall Zweckunmöglichkeit der Gesellschaft nach sich zieht oder nicht. Ist die

[31] So z. B. bei Becker in Art. 531 N. 7.

Zweckerreichung auch ohne die Gebrauchsleistung möglich, so bleibt dem Gesellschafter auch die «Gegenleistung» erhalten.

Es ergibt sich somit für die unverschuldet nicht erbrachte Gebrauchsleistung — zwar nicht aus mietrechtlichen und auch nicht aus entsprechender Anwendung kaufrechtlicher Grundsätze, wohl aber aus gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen — die gleiche Folge wie bei unverschuldet nicht erbrachten Sachleistungen. Bei letzteren stimmt allerdings die kaufrechtliche Ordnung der Gefahrstragung mit der gesellschaftlichen überein.

Die Unbilligkeit, die für die Mitgesellschafter dadurch entsteht, daß der vom Beitrag Freigewordene an den Erfolgen der Gesellschaft voll teilnehmen soll, kann nur durch Vertragsanpassung beseitigt werden, die aber nicht ohne Zustimmung des beitragsfrei Gewordenen erfolgen kann. Stimmt er nicht zu, bleibt freilich bei der einfachen Gesellschaft nur die richterliche Auflösung aus wichtigem Grund übrig (OR 545 Ziff. 7). Bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ist auch Ausschließung des Gesellschafters möglich, wobei der Richter, der über die Wichtigkeit des Ausschließungsgrundes entscheidet, nach seinem Ermessen auch eine Anpassung der Bedürfnisse der klagenden Gesellschaft vornehmen kann.

Bei Zweckunmöglichkeit gelten die bei der Erörterung der Sachleistungen genannten Folgen [32].

Art. 271 OR ordnet die Rückgabe des Mietgegenstandes. Die «entsprechende Anwendung» (OR 531^{III}) auf die gesellschaftsrechtliche Illation zu Gebrauchsrechten ergibt, daß die Rückgabe nicht «auf den Schluß des Mietverhältnisses» zu erfolgen habe, sondern auf den Zeitpunkt, an welchem der gesellschaftliche Gebrauch zu Ende geht. Es kann selbst während der Liquidation der Gesellschaft die Fortsetzung des

[32] Vgl. hiezu: p. 105 oben.

Gebrauches noch notwendig sein, z. B. die Benutzung von Lokalitäten. Die «vertragsgemäße Benutzung» (OR 271^{II}) beurteilt sich nach dem vorausgesetzten Bedarf der Gesellschaft.

3. Bei Arbeitsleistungen

Naturgemäß können auch bei Arbeitsleistungen, die als Beitrag versprochen wurden, unverschuldete Umstände eine Leistungsunmöglichkeit herbeiführen (Krankheit, Invalidität usw.). Ein Gesellschafter, der nur Arbeit als Beitrag leistet, wird in der Regel bei Wegfall dieser Möglichkeit auch der generellen Pflicht der Zweckförderung nicht mehr nachkommen können. Kann aber ein solcher Gesellschafter überhaupt nichts mehr beitragen, so kommt es darauf an, ob dadurch auch für die Gesellschaft selbst Zweckunmöglichkeit eintritt oder nicht. Im erstern Fall erlischt die Gesellschaft wegen Unerreichbarkeit des Zweckes gemäß Art. 545 Ziff. 1 (evtl. Ziff. 7) OR. — Tritt durch den Leistungsausfall keine Zweckunmöglichkeit ein, so werden sich in der Regel wohl die Gesellschafter darauf einigen können, daß der Nichtleistungsfähige seinen Austritt nimmt, so daß die Gesellschaft weiter bestehen bleibt.

Kann keine Einigung über das Ausscheiden erzielt werden, so fragt es sich, ob durch einen Mehrheitsbeschluß Ausschließung erzielt werden kann. Gemäß Art. 534^{II} OR muß Stimmenmehrheit schon im Vertrage vorgesehen sein. Läßt der Vertrag allgemein Mehrheitsbeschlüsse zu, so ist die Unterwerfung unter den Willen der Mehrheit bei Personengesellschaften enger zu ziehen als bei Körperschaften. Ausschluß eines Mitglieds darf daher nur bei wichtigen Gründen vor-

gesehen sein [33]. Ein solcher ist aber bei gänzlicher Leistungsunmöglichkeit eines Gesellschafters zweifellos vorhanden.

Auf diese Weise kann die Auflösung der Gesellschaft (Art. 545 Ziff. 7) vermieden werden. Immerhin wird bei Anfechtung des Mehrheitsbeschlusses durch den Betroffenen gleichfalls der Richter entscheiden müssen. So kommt im Resultat die bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften zulässige Ausschließung durch den Richterspruch (OR 577) derjenigen durch vertraglich vorgesehenen Mehrheitsbeschluß bei der einfachen Gesellschaft gleich.

§ 17 DIE VERSCHULDETE UNMÖGLICHKEIT

Kann der Beitragspflichtige nicht den Entlastungsbeweis erbringen, so wird verschuldete oder doch zu verantwortende Unmöglichkeit angenommen. Für die Anwendung von Art. 119 OR ist kein Raum. — Die Leistungspflicht verwandelt sich in eine Schadenersatzpflicht (OR 97 ff.). Träger der Berechtigung sind die geschädigten Mitgesellschafter (OR 538^{II}) in ihrer Gesamtheit, daneben sind auch Schadenersatzansprüche zwischen den Beteiligten denkbar. — In Abweichung von Art. 99^{I} OR wird gemäß Art. 538 OR nicht die Haftung «für jedes Verschulden» verlangt, sondern für culpa in concreto. Die praktische Bedeutung dieser Milderung ist allerdings nicht groß, weil auch bei andern Verträgen das subjektive Moment

[33] Siegwart, Art. 534 N. 9; Art. 547 N. 44; Vogelsang, p. 117; 126; Wieland, p. 578, Anm. 4.

eine Rolle spielt [34]. Die Kompensation mit anderweitig der Gesellschaft verschafften Vorteilen ist ausdrücklich als unzulässig erklärt (OR 538^{II}).

Geschuldet wird das Erfüllungsinteresse, da Realerfüllung eben verunmöglicht ist; bei gänzlicher Vereitlung des Gesellschaftszwecks durch die Nichtleistung des Beitrags sind alle Vorteile zu vergüten, welche die Verwirklichung mit sich gebracht hätte [35]. Wird eine negative Leistungspflicht verletzt (Enthaltungsleistungen), so verpflichtet lediglich die Tatsache des Zuwiderhandelns zum Schadenersatz (OR 98^{II}). Eine Wiedergutmachung durch nachträgliche Realerfüllung wird zumeist nicht mehr möglich sein.

Die Nichterfüllung kann je nach der Sachlage einen wichtigen Grund zur Ausschließung des Fehlbaren abgeben bzw. zur Auflösung der Gesellschaft aus einem wichtigen Grund führen, damit zum Wegfall der Leistungspflicht der Mitgesellschafter und zur Verwandlung der ursprünglich gegenseitigen Verpflichtungen aller Gesellschafter in einen einseitigen Differenzanspruch aller übrigen Teilhaber gegen den Fehlbaren [36].

[34] Siegwart, Art. 538 N. 10; Iklé, p. 74 f. Möglich ist aber, daß leichte Fahrlässigkeit nicht als Verschulden angerechnet wird, dann wird der Tatbestand der zufälligen Unmöglichkeit gleichkommen.

[35] Becker, Art. 99 N. 19; Siegwart, Art. 538 N. 22.

[36] Vgl. hiezu über die Ausschlußmöglichkeit: p. 105 N. 23 oben.

4. KAPITEL

VERZUG IN DER ERFÜLLUNG

§ 18 VORBEMERKUNGEN

Die Geltendmachung der Erfüllung der Beitragspflicht erfolgt durch die Leistungsklage. Sofern es sich um eine Einzahlung handelt, ist es eine Geldklage (OR 104/5). Zur Kapitalschuld kommen Verzugszinsen hinzu (OR 102^{II}, 104^{I}). Die Höhe beträgt 5 %, vertraglich kann ein niedrigerer Zins vorgesehen sein, ein höherer, wenn der Vertragszins oder der Bankdiskont am Zahlungsort höher ist (OR $104^{II, III}$). Abweichende Bestimmungen über höheren Zins sind nach den Grundsätzen der Konventionalstrafe zu behandeln [1]. Die Zinsschuld ist dem Privatkonto des Gesellschafters zu belasten, denn seine Beteiligung und damit sein Kapitalkonto als Gesellschafter wird dadurch nicht berührt [2]. Außer den gesetzlich geschuldeten Verzugszinsen können vertraglich weitere Folgen an die Nichterfüllung der Beitragspflicht geknüpft werden.

Betrifft die Beitragspflicht die Verschaffung von Sachen zu Eigentum bzw. zu einem andern Recht, die Uebertragung von Forderungen und Rechten, so kann Realerfüllung verlangt werden, in allen Fällen verbunden mit Schadenersatz wegen Verspätung. Die Geltendmachung steht unter den gleichen Voraussetzungen wie bei andern Verträgen (OR 97 ff.) mit der

[1] v. Tuhr, Hbd. II, § 73, p. 589.

[2] Möhle, p. 49 N. 1/2.

Maßgabe, daß sich die Sorgfaltspflicht des Säumigen nach Art. 538 OR bestimmt. Die gleiche Milderung der Verschuldensfolgen gilt für die Klage auf Schadenersatz an Stelle der Realerfüllung, nur kommt bei der Gesellschaft die weitere Voraussetzung hinzu, daß die Erreichung des Gesellschaftszwecks auch mit der Ersatzleistung möglich sein muß [3].

Bei Nichterfüllung von Arbeitsleistungen mit Beitragseigenschaft kommt Naturalersatz in Frage, indem sich die Gesellschaft ermächtigen lassen kann, die Leistung, soweit sie vertretbar ist, auf Kosten des Säumigen vornehmen zu lassen (OR 98[I]). — Sonst kann die Umwandlung der Verbindlichkeit in Geldersatz verlangt werden. Auch eine Kombination von beiden ist möglich, d. h. die Handlung kann durch einen Dritten vorgenommen und die Ausgleichung der Differenz zwischen dem Minderwert des Naturalersatzes und der geschuldeten Leistung in Geld verlangt werden.

Wenn es sich erweist, daß die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Leistung in der Folge — im Hinblick auf die Erreichung des Zwecks — sich als ungeeignet erweist, dann liegt es nahe, dem verpflichteten Gesellschafter die Leistung zu erlassen, besonders wenn sie nicht vertretbar ist. Dieser Erlaß berührt jedoch den Bestand des Gesellschaftsverhältnisses nicht. — Denkbar ist auch eine Novation (OR 116), kraft deren der Gesellschafter mit Zustimmung der übrigen eine andere Leistung als die ursprünglich vereinbarte zu erbringen hat.

[3] Oser, Art. 107 N. 19 ff.; Becker, Art. 107 N. 20 ff.; Siegwart, Art. 530 N. 81; Wespi, p. 53.

§ 19 NICHTERFÜLLUNG WEGEN GLÄUBIGERVERZUGES

I. DER LEISTUNGSEMPFÄNGER

Der Grund des Ausbleibens des Beitrages eines Gesellschafters kann im Annahmeverzug liegen. Art. 91 ff. OR, die den Gläubigerverzug regeln, sind aber offenbar auf synallagmatische Verhältnisse zugeschnitten. Es dürfte schon aus den bisherigen Darlegungen hervorgehen, daß bei der Gesellschaft die Leistung des Teilhabers nicht in dem Sinne geschuldet ist, daß sie dem Mitgesellschafter zu erbringen und von ihm anzunehmen wäre, damit Erfüllung eintrete.

Der in der Gläubigerrolle stehende Mitgesellschafter hat ja nicht die Leistung für sich selber in Anspruch zu nehmen. Seine Gläubigereigenschaft reicht nur so weit, als er einen Anspruch darauf hat, daß der Mitgesellschafter seine Leistung so erbringe, wie er sie versprochen hat und wie sie die gemeinsame Zweckerreichung erheischt. Lediglich bei der Zweimanngesellschaft ist die Lage dem Synallagma ähnlich, aber mit demselben nicht identisch, weil auch hier der Partner die Leistung nicht für sich, sondern für die Gesellschaft entgegennimmt [4].

Leistungsempfänger sind somit nicht die Mitgesellschafter; Leistung an sie hat keine befreiende Wirkung der Gesellschaft

[4] Auch der Fall der Solidargläubigerschaft ist nicht in Parallele zu ziehen, wo die Leistung an einen der Solidargläubiger den Schuldner befreit (OR 150). Ebensowenig liegt hier ein der unteilbaren Leistung ähnlich gelagerter Fall vor, wo das Angebot an alle Gläubiger gemeinschaftlich erforderlich ist (sog. formale Solidarität). Vgl. hiezu: Guhl, p. 39; Oser, Art. 91 N. 7; v. Tuhr, Hbd. II, p. 772.

gegenüber. Vielmehr muß die Leistung, wie bereits dargelegt wurde [5], dem Geschäftsführer der Gesellschaft angeboten werden und zwar bei Auseinanderfallen der innern und äußern Geschäftsführung dem Inhaber der innern [6]. Dies gilt auch für die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, da bei diesen gleichfalls die Geschäftsführung beliebig geordnet werden kann, im Gegensatz zur Außenvertretung, worüber eine gesetzliche Ordnung besteht (OR 563). Nur wenn alle Mitgesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sind (OR 535^{I}), kann der Beitrag an jeden von ihnen geleistet werden.

Gläubigerverzug bei der Beitragsleistung ist also nur gegeben, wenn der Geschäftsführer «die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande wäre, ungerechtfertigterweise verweigert» (OR 91). Ebenso wenn ein Mitgesellschafter durch seinen Widerspruch die Entgegennahme der richtig angebotenen Beitragsleistung verhindert (OR 535^{II}).

II. BESTEHT EINE ANNAHMEPFLICHT DES GLÄUBIGERS?

Bei den synallagmatischen Verträgen bildet der Verzug des Gläubigers regelmäßig nicht die Verletzung einer vertraglich übernommenen Pflicht, da der Gläubiger in dieser seiner Eigenschaft nur berechtigt, nicht verpflichtet ist [7]. Der Gläubi-

[5] Vgl. hiezu: p. 44 oben.

[6] Siegwart, Art. 535 N. 2, 3; Wieland, p. 566; BGE 41 II 212 (bei der Erbengemeinschaft).

[7] Guhl, p. 187; Oser, Art. 91 N. 15; v. Tuhr, Hbd. II, p. 508; eine ausdrückliche Annahmepflicht sieht Art. 211 OR für den Käufer vor bezüglich der ihm vertragsmäßig angebotenen Ware.

ger wird daher in synallagmatischen Verträgen im allgemeinen nicht schadenersatzpflichtig, wenn er von seinem Recht auf Annahme der Leistung keinen Gebrauch macht. Hingegen wirkt sich der Verzug des Gläubigers in anderer Richtung zu seinem Nachteil aus, nach Oser [8] wegen seines passiven Verhaltens, (zutreffender) nach Guhl aus dem Grundsatz, daß auch Rechte nach Treu und Glauben ausgeübt werden müssen, welcher Grundsatz verletzt ist, «wenn der Gläubiger zwar fordert, aber durch sein Verhalten den erfüllungsbereiten Schuldner an der Erfüllung seiner Schuldpflicht hindert»[9].

Bei den Personalgesellschaften kommt nun, wie bereits ausgeführt wurde [10], neben der allgemeinen Pflicht, auch bei der Ausübung von Rechten nach Treu und Glauben zu handeln (ZGB 2^{I}), noch die *besondere Treuepflicht als gesellschaftliche Leistungspflicht* hinzu, die auf der Gläubigerseite eine Annahmepflicht des gehörig geleisteten Beitrages bedingt. Der beitragsleistende Gesellschafter erfüllt kraft des partiarischen Vertrauensverhältnisses (fraternitas) nicht nur seine vertragliche Pflicht, sondern betätigt zugleich ein ihm zustehendes gesellschaftliches Recht, so daß dem Gläubiger (d. h. der Gesellschaft bzw. ihrem Geschäftsführer) eine Annahmepflicht obliegt. Ihre Nichterfüllung bildet daher eine Vertragsverletzung [11].

[8] Oser, Art. 91 N. 15.

[9] Guhl, p. 187.

[10] Vgl. hiezu: Hartmann, Art. 552 N. 19; Art. 557 N. 2, 13, 19; Hueck, p. 120 ff.; Gloor, p. 12 ff.

[11] Wieland, p. 547. Die Kommentare und die Literatur sprechen sich über den Gläubigerverzug und Schuldnerverzug bei den Personengesellschaften nicht näher aus. Es wird meistens ohne Begründung auf die allgemeinen Bestimmungen des OR verwiesen!

III. VORAUSSETZUNGEN

1. *Voraussetzung* der Annahmepflicht und des Gläubigerverzuges ist die «gehörig angebotene» Leistung. Es muß regelmäßig *ein Realangebot* vorliegen (so ausdrücklich § 294 BGB). Nach bundesgerichtlicher Auffassung ist dabei auf die Lebensgewohnheiten abzustellen sowie auf Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehr [12]. Bei der Gesellschaft kommt noch die bereits genannte besondere Treuepflicht hinzu (als gesellschaftliche Leistungspflicht), die das partiarische Vertrauensverhältnis mit sich bringt und die auch auf die Gehörigkeit des Angebotes von Einfluß ist.

So sind in diesem Sinne z. B. Gattungssachen als Beitrag nicht nur in «mittlerer Qualität» (OR 71^{II}) anzubieten, sondern dem Bedarf der Gesellschaft anzupassen. Obschon sie Holschulden bilden (OR 74^{II} Ziff. 3), werden sie nicht nur nach dem «aus den Umständen zu schließenden Willen der Parteien» (OR 74^{I}), sondern auch, soweit die Treuepflicht dies gebietet, dort erbracht, wo die gesellschaftliche Zweckerreichung es erfordert und es ihrer Dienlichkeit und Verwendung am besten entspricht [13]. Zu Dienstleistungen mit Beitragscharakter hat sich der pflichtige Gesellschafter dort einzufinden, wo das Gesellschaftsinteresse es erfordert. Hier genügt Verbalangebot [14].

Bei Leistungen, die auf Abruf gestellt sind, nimmt das Bundesgericht an, daß mit Ablauf der Frist, innert welcher der Gläubiger hätte abrufen sollen, ohne weiteres der Gläubigerverzug zu laufen beginnt [15]. Es verlangt nicht einmal ein

[12] BGE 48 II 103.

[13] Vgl. hiezu: § 13 oben, p. 81 f.

[14] Betschon, Der Annahmeverzug, Diss. Basel, 1936 (Masch.), p. 15.

[15] Betschon, p. 39; BGE 59 II 306.

Verbalangebot, eine Mahnung des Schuldners, um den Gläubiger in Verzug zu setzen. — Bei Wahlrecht des Gläubigers geht dieses im deutschen Recht (BGB § 264II) nach unbenutztem Ablauf einer durch den Schuldner dem Gläubiger gesetzten Nachfrist auf den Schuldner über. Für das OR wird ein solcher Uebergang nach maßgebender Doktrin abgelehnt [16]. Da aber Hinterlegung nicht möglich ist, weil ja nicht feststeht, welcher Gegenstand als Leistung gelten soll, müßte nach v. Tuhr [17] der Rücktritt gemäß Art. 95 OR in Anwendung kommen, der aber nur für eine «andere als eine Sachleistung» vorgesehen ist. Darum ist die bundesgerichtliche Einstellung vorzuziehen, nach welcher der Geschäftsführer der Gesellschaft das Wahlrecht auszuüben hat, zumal er durch Unterlassung der Wahlerklärung eine Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht begeht, für die, wenn nicht bei der einfachen, so doch bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, diese verantwortlich ist (OR 567III).

2. Was die *Identität und Totalität* der angebotenen Beitragsleistung betrifft, ist zu erinnern, daß eine genaue Bestimmung der Art und des Umfanges der Beiträge zur Perfektion des Gesellschaftsvertrages nicht unbedingt gefordert ist, da über die Mittel letzten Endes der Zweck entscheidet und mangels vertraglicher die gesetzliche Bestimmung eingreift, wonach die Gesellschafter gleiche Beiträge in der Art und in dem Umfange zu leisten haben, wie der vereinbarte Zweck es erheischt [18]. Erweisen sich z. B. die vereinbarten Beiträge als zu hoch, so kann der einzelne Gesellschafter Herabsetzung ver-

[16] v. Tuhr, Hbd. I, p. 71 ff.; dagegen BGE 42 II 219 (E. 3), wo unter besonderen Verhältnissen der Uebergang des Wahlrechtes auf den Schuldner anerkannt wird.

[17] v. Tuhr, Hbd. II, p. 523.

[18] Vgl. hiezu: § 2, II/III, oben, p. 20 ff.

langen, somit auch einen geringeren Beitrag anbieten. Ueber die Annahmepflicht wird in solchen Fällen ein Gesellschaftsbeschluß und bei Nichtzustandekommen desselben richterliches Ermessen entscheiden.

Das gleiche ist der Fall, wenn der Illations- bzw. Gesellschaftsvertrag die Höhe des Beitrages von wirtschaftlichen oder andern Faktoren abhängig macht (Konjunktur, Geschäftsumfang, Leistungsfähigkeit usw.).

Auch die Annahme einer *Teilleistung* dürfte entgegen Art. 69[I] OR nicht verweigert werden, wenn das Interesse der Gesellschaft es erheischt, insbesondere wenn mit der Annahme der Teilleistung der Gesellschaft besser gedient ist als mit der Zurückweisung. Dies wird nicht nur der Fall sein, wenn der fehlende Teil gering und nicht ausschlaggebend ist [19], sondern auch, wenn die Gesellschaft seiner zurzeit noch nicht bedarf. Nach allgemeinen Grundsätzen (OR 69[II]) muß eine Teilleistung angenommen werden, wenn der andere Teil strittig ist.

Die Annahmepflicht ist nicht verletzt, wenn das Angebot wegen mangelhaften Zustandes der Sacheinlagen zurückgewiesen wird. Wo der Wert der Illation festgesetzt ist (im Gesellschaftsvertrag), besteht bei offenbarer Unterwertigkeit keine Annahmepflicht. Man denke an die Sacheinlage des Kommanditärs, deren Wertansatz im Handelsregister eingetragen wird (OR 596[III]); den Gläubigern steht der Nachweis offen, daß der Eintrag dem Wert der Sacheinlage im Zeitpunkt der Eintragung nicht entsprochen hat (OR 608[III]).

In bezug auf Ort und Zeit der Erfüllung ist auf die diesbezüglichen Ausführungen zu verweisen [20].

[19] Oser, Art. 91 N. 6; Becker, Art. 91 N. 40; v. Tuhr, Hbd. II, p. 451/52; BGE 16, 798.

[20] Vgl. hiezu: § 13, I/II, oben, p. 81 f.

IV. FOLGEN

1. Schadenersatz nach Art. 106 OR

Nach den allgemeinen Bestimmungen besteht die Wirkung des Annahmeverzuges nicht in einer Schadenersatzpflicht, da der Gläubiger durch Verweigerung der Annahme keine Pflichtverletzung begeht [21]. Anders ist die Frage im Gesellschaftsrecht zu beurteilen. Die ungeschriebene Treuepflicht des Personengesellschafters löst beim Geschäftsführer der Gesellschaft, dem die Einlage vertragsgemäß angeboten wird, eine Annahmepflicht aus.

Ihre Nichterfüllung ist eine Vertragsverletzung. Die Gesellschaft befindet sich deshalb zugleich im Gläubiger- und Schuldnerverzug. Allerdings verletzt sie mit der Nichtannahme nur eine Nebenpflicht. Art. 107 ff. OR kommen deshalb zum vorneherein nicht zur Anwendung. Die Gesellschaft wird lediglich schadenersatzpflichtig gemäß Art. 106 OR.

Bei schuldhafter Nichtannahme seitens der Gesellschaft haftet ihr Geschäftsführer aus unsorgfältiger Geschäftsführung [22]; allerdings, wenn er für seine Tätigkeit keine Vergütung bezieht, nur für culpa in concreto (OR 538^{III}) [23]. Da er bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft auch in der innern Geschäftsführung als Organ der Gesellschaft handelt, verpflichtet sein schuldhaftes Verhalten nicht nur ihn selbst, sondern auch die Gesellschaft zu Schadenersatz (ZGB 55, OR 567^{III}).

[21] v. Tuhr, Hbd. II, p. 508/512.

[22] Allg. Stellungnahme bei: Siegwart, Art. 535 N. 16; Art. 538 N. 8, ohne auf die Verzugsfolgen einzugehen!

[23] Die extreme Einstellung von Benz, p. 168, wonach jede Verletzung der Treuepflicht eine Haftung für jedes Verschulden nach sich ziehe, findet keine Begründung im Gesetz noch in Literatur und Praxis.

Außer dem Schadenersatzanspruch nach Art. 106 OR stehen dem vergeblich anbietenden Gesellschafter grundsätzsich die Rechtsbehelfe gemäß OR 92 ff. zur Verfügung, da die Gesellschaft mit der Annahmeverweigerung auch in Gläubigerverzug gerät.

2. Die eigentlichen Gläubigerverzugsfolgen

Nach den allgemeinen Bestimmungen bleibt der Schuldner ungeachtet des Gläubigerverzuges weiterhin erfüllungspflichtig. Das Gesetz gewährt ihm aber wegen seines vergeblichen Erfüllungsversuches eine Verbesserung seiner Rechtsstellung, ferner eröffnet es ihm die Möglichkeit, sich auf andere Weise von seinen Verbindlichkeiten zu befreien. Es bleibt daher zu untersuchen, wieweit sich diese Bestimmungen auf die Beitragspflicht anwenden lassen [24].

A. Die Haftungsmilderung

Eine Bestimmung darüber enthalten zwar die Artikel über den Gläubigerverzug nicht, doch folgt aus Art. 99^{II} OR, daß das Maß des Verschuldens, das dem Schuldner bei weiterer Aufbewahrung seines Leistungsgegenstandes anzurechnen ist, milder als vor dem Verzug beurteilt werden kann [25]. Für die *Beitragspflicht* kommt dieser Bestimmung aber wenig Bedeutung zu, da der Personengesellschafter gemäß Art. 538^{I} OR ohnehin bloß für culpa in concreto einzustehen hat, so daß sich seine Haftung nicht über leichtes Verschulden hinaus, also nicht auf culpa levissima, erstreckt [26].

[24] Die Literatur gibt hiefür keine Anhaltspunkte.

[25] Oser, Art. 92 N. 9; Becker, Art. 92 N. 5; v. Tuhr, Hbd. II, p. 512/13; BGE 43 II 176, 44 II 518, 49 II 86.

[26] Becker, Art. 538 N. 2; Siegwart, Art. 538 N. 9; Iklé, p. 74/75.

B. Der Gefahrsübergang

Positivrechtlich statuiert BGB § 324 beim Annahmeverzug den Gefahrsübergang auf den Käufer. Das OR hingegen kennt keine solche Bestimmung. Aber der Grundsatz, daß der Schuldner durch den ungerechtfertigten Annahmeverzug nicht benachteiligt werden soll, ergibt, daß die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, wenn er dem versendungsbereiten Schuldner die Versendung untersagt und dadurch in Gläubigerverzug gerät. Ebenso, wenn die Ware in Gegenwart des Gläubigers aus dem Vorrat des Schuldners ausgeschieden werden soll und der Gläubiger durch Nichterscheinen in Verzug kommt [27]. In andern Fällen der Gattungsschuld, insbesondere der Geldschuld, ist ein Gefahrsübergang erst bei Hinterlegung anzunehmen [28].

In bezug auf die *Beitragspflicht* ordnet Art. 531^{III} OR die Gefahrstragung dahin, daß — sofern der einzelne Gesellschafter Eigentum zu übertragen hat — die Grundsätze des Kaufvertrages entsprechende Anwendung finden. Gemäß Art. 185^{I} OR trägt der Käufer die Gefahr schon vom Abschluß des Kaufvertrages an (beim Spezieskauf mangels anderer Abrede oder «besonderer Verhältnisse»). Somit trägt die Gesellschaft im Sinne dieser Bestimmung schon vom Abschluß des Illationsvertrages an ohnehin die Gefahr der einzubringenden Speziessachen. Bei Gattungssachen geht gemäß Art. 185^{II} OR die Gefahr auf den Käufer über durch Ausscheidung und eventuell Versendung der Ware. Hindert daher die Gesellschaft (bzw. ihr Geschäftsführer) die Ausscheidung der einzubringenden

[27] v. Tuhr, Hbd. II, p. 513/14; Becker, Art. 92 N. 6 (im Anschluß an das gemeine Recht); anders Oser, Art. 92 N. 12, der den Gefahrübergang erst mit der Hinterlegung eintreten läßt.

[28] v. Tuhr, Hbd. II, p. 514 (weil man zurückgewiesenes Geld in der Regel anderweitig verwendet).

Sachen oder untersagt dieser die Versendung, so ist es logisch, daß die Gefahr, wie oben hervorgehoben wurde, auf die Gesellschaft bereits übergehen muß, bevor die Ware ausgeschieden oder versandt ist.

Besteht der Beitrag in Geld und kommt die Gesellschaft in Annahmeverzug, so findet ein Gefahrsübergang auf die Gesellschaft nur statt, wenn der Beitragsleistende das Geld hinterlegt. Eine bloße Ausscheidung des Betrages dürfte zum Gefahrsübergang nicht ausreichen, da man zurückgewiesenes Geld wegen seiner Eigenschaft als «abstrakte Verfügungsmacht» anderweitig verwenden kann.

Handelt es sich nicht um Uebereignung von Sachleistungen an die Gesellschaft, sondern um bloße Gebrauchsüberlassung an die Gesellschaft, so geht die Gefahr bei Nichtannahme nicht auf die Gesellschaft über, sondern erst mit der Hinterlegung.

C. Die Hinterlegung und der Selbsthilfeverkauf

Gemäß Art. 92 OR kann der Schuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers durch Hinterlegung der geschuldeten Sache sich befreien. Die Hinterlegung ist somit Erfüllungssurrogat. Sie erfolgt «auf Gefahr des Gläubigers», der auch die Kosten trägt (OR 92[1]). Voraussetzung des Hinterlegungsrechts ist, daß «nach der Beschaffenheit der Sache oder nach der Art des Geschäftsbetriebes eine Hinterlegung tunlich ist» (OR 93). Die Wirkung der Hinterlegung ist aber nicht ganz die der Erfüllung, die sie vertreten soll. Das Eigentum am hinterlegten Gegenstand geht nämlich auf den Gläubiger erst mit der Besitznahme über [29], die nicht mehr möglich wäre, wenn der

[29] Bzw. kann nach einer Annahmeerklärung des Gläubigers die Hinterlegungsstelle ihn im Besitz vertreten (ZGB 924); vgl. dazu: v. Tuhr, Hbd. II, p. 518/19; Oser, Art. 92 N. 6/7; Becker, Art. 92 N. 10; Ostertag, p. 356.

Schuldner vorher in Konkurs kommt. Somit ist die Befreiung des Schuldners keine definitive, sondern das Schuldverhältnis bleibt in seiner Wirksamkeit gehemmt, bis es infolge Hinterlegung der Sache durch den Gläubiger erlischt oder infolge Rücknahme der Sache durch den Schuldner (OR 94) wieder auflebt.

Bei den *Personengesellschaften* ist nun die Hinterlegung in der Regel kaum zweckdienlich. Die Sacheinlage ist nämlich für die Gesellschaft ein Betriebsmittel. Sie kann im konkreten Fall für die Erreichung des Gesellschaftszweckes von ausschlaggebender Bedeutung sein.

Es entsteht dann eine merkwürdige Situation: der Hinterleger ist Gesellschafter und kommt durch die Hinterlegung seiner Beitragspflicht nach, die ihm einen Anspruch auf die «Gegenleistung» gibt, das heißt auf die gesellschaftlichen Anteilsrechte, besonders auch auf den Gewinnanteil [30]. Anderseits kann die Gesellschaft mangels dieser Sacheinlage, die hinterlegt ist, nicht ihrem Zwecke genügen. Refüsiert sie also das Hinterlegte, so bleibt ihr nur der Ausweg, ihre Auflösung zu beschließen (wegen Unerreichbarkeit des Zweckes, OR 545, Ziff. 1).

Ausschließen kann die Gesellschaft den Betroffenen nicht, weil der wichtige Grund dazu fehlt; er hat ja durch Hinterlegung seine Beitragspflicht erfüllt, und die Nichtannahme fällt ja der Gesellschaft zur Last. Abgesehen davon, wäre ihr mit einer Ausschließung nicht gedient, da sie ohne die Hinterlage sich nicht werbend betätigen kann. Der hinterlegende Gesellschafter hat seinerseits kein Interesse daran, in der Gesellschaft zu verbleiben, die ihren Zweck nicht erreichen kann. Es bleibt ihm also nur übrig, durch Kündigung (OR 545, Ziff. 6) oder Klage auf Austritt aus wichtigen Gründen (OR 545,

[30] Vgl. hiezu: § 16, III, 1 oben, p. 104 ff.

Ziff. 7), sich von der Gesellschaft zu lösen. Naturgemäß kann der Gesellschafter auch auf Annahme seiner Beitragsleistung klagen, aber ein Prozeß mit der Gesellschaft würde dem Vertrauensverhältnis unter den Gesellschaftern abträglich sein; eine künftige ersprießliche Zusammenarbeit würde damit in Frage gestellt.

Eine Hinterlegung ist zwar somit rechtlich zulässig, aber nicht zweckmäßig, es sei denn, daß der Beitragsgegenstand den Betrieb und die Zweckerreichung nicht in erheblichem Maße gefährdet. Das gleiche gilt von der Hinterlegung quoad usum und vom sogenannten Selbsthilfeverkauf mit Hinterlegung des Erlöses (OR 93/4).

D. Rücktritt

Unbewegliche Sachen können nicht Gegenstand der Hinterlegung sein (OR 472). Der zur Einbringung solcher Sachen verpflichtete Gesellschafter kann sich also bei Annahmeverzug der Gesellschaft nicht befreien [31]. Das gleiche gilt für Arbeitsleistungen. Deshalb sieht das Gesetz in Art. 95 OR vor, daß der Schuldner in diesen Fällen nach den Bestimmungen über den Schuldnerverzug zurücktreten kann. Bezüglich der Zulässigkeit des Rücktritts nach Art. 107 ff. OR und seines Verhältnisses zu den gesellschaftsrechtlichen Auflösungsgründen sei auf den folgenden Paragraphen über den Verzug mit der Beitragsleistung verwiesen [32].

[31] v. Tuhr, Hbd. II, p. 516; BGE 21, 243. Anders: BGB § 303 (Androhung der Aufgabe des Besitzes).

[32] Vgl. hiezu: § 20, II, unten, p. 129 ff.

§ 20 Schuldnerverzug

I. VORAUSSETZUNGEN

Für die *nicht rechtzeitige* Erfüllung gelten besondere Regeln. Sie weichen von den Grundsätzen der sonstigen nicht gehörigen Erfüllung ab, weil und soweit die Verspätung eine Nachholung der Erfüllung gestattet. Ist dies ausgeschlossen, so geht das Verhältnis des Verzuges in das der Unmöglichkeit über; so z. B. bei Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht. Aber bei den Enthaltungspflichten als Beitragsleistung in der Kartellgesellschaft handelt es sich meist um Dauerpflichten, wo die Uebertretung sich wiederholen kann. Auch bei diesen ist also Verzug denkbar.

Die Beiträge sind Leistungen, die in der Regel auch nach Eintritt des für die Erfüllung gesetzten Termins für die Gesellschaft noch annehmbar sind; insbesondere gilt dies für die sogenannten Einlagen, obschon diese im Prinzip zu erbringen sind, bevor die Gesellschaft ihre Tätigkeit aufnimmt. Wohl selten wird der Fälligkeitstermin als Stichtag verabredet sein, so daß die Bestimmungen über das Fixgeschäft (OR 108, Ziff. 3) nicht zur Anwendung kommen. Auch Art. 190 OR (wonach beim Handelskauf, wenn ein bestimmter Lieferungstermin verabredet ist und der Verkäufer in Verzug kommt, der Termin ohne weiteres wie ein Stichtag behandelt wird) kommt bei Einlagen, z. B. bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, nicht zur Anwendung, weil die Einlagen zwar eine Veräußerung, aber keinen Verkauf an die Gesellschaft darstellen[33].

[33] Vgl. hiezu: p. 22 f. oben.

Um so weniger kommt dies bei der einfachen Gesellschaft in Betracht [34].

Soweit nun eine nachträgliche Erfüllung bei Beitragsverpflichtungen möglich und der Gesellschaft ihre Annahme zumutbar ist, kann nicht nur die Gesellschaft nachträgliche Erfüllung fordern, sondern der säumige Gesellschafter hat seinerseits einen Anspruch auf nachträgliche Annahme derselben [35]. — Ist z. B. die Ueberbauung des einem Gesellschafter gehörenden Grundstücks Gegenstand der gesellschaftlichen Unternehmung, so hat der Eigentümer als Gesellschafter ein erhebliches Interesse daran, sein Grundstück einzubringen. — Da die nachträgliche Erfüllung aber nicht vertragsmäßig ist, hat der Säumige die Nachteile der Pflichtverletzung zu tragen.

Der bloße Fälligkeitstermin hat nur die Wirkung, daß die Gesellschaft fordern und die Klage auf Leistung erheben [36] bzw. die Zwangsvollstreckung einleiten kann. Die Gesellschaft hat aber zur Wahrung ihrer Rechte die Möglichkeit, den säumigen Gesellschafter in Verzug zu setzen (OR 102^{I}), um die damit verbundenen Wirkungen auszulösen. Ist ein bestimmter Verfalltag verabredet oder ergibt sich ein solcher infolge vorbehaltener oder gehörig vorgenommener Kündigung, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (OR 102^{II}).

Bei den Personalgesellschaften ist jedoch besonders zu beachten, daß im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften die Gesellschafter im Prinzip nur so viel in die Gemeinschaft ein-

[34] Der Vertragszweck liegt bei den Gesellschaften nicht im Empfang der schuldnerischen Leistung wie bei Austauschverträgen. Die Beitragsleistung ist nur ein Mittel zum gesellschaftlichen Zweck. Die Pflichten des Gesellschafters erschöpfen sich nicht in der Illation.

[35] Guhl, p. 179; Schmidlin, p. 18; die Kommentare äußern sich nicht zu dieser Frage.

[36] Guhl, p. 177; v. Tuhr, Hbd. II, p. 577; Oser, Art. 75 N. 4.

zuwerfen haben, als zur Erreichung des Gesellschaftszwecks notwendig ist [37]. Darum ist Art. 75 OR in der Regel nicht anwendbar, wonach die Erfüllung sofort gefordert werden kann, wenn die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt ist; aus der Natur der Personalgesellschaft folgt dies eben nicht. Mangels einer vertraglichen Bestimmung kann daher vom einfordernden Geschäftsführer eventuell der Nachweis der Notwendigkeit verlangt werden [38].

II. VERZUGSWIRKUNGEN

1. Gemäß Art. 103—106 OR

Die Rechtsfolgen bestehen gemäß Art. 103 OR in der Gefahrstragung des Schuldners bei zufälligem Untergang einer Sachleistung während des Verzuges sowie in einer Schadenersatzpflicht für die Verspätung der Leistung. — Dies gilt auch für die Beitragssäumnis. — Bei *Sacheinlagen* wird die Gesellschaft insbesondere den Ersatz der unnötig aufgewendeten Kosten für die Abnahme der Leistung am Fälligkeitstage beanspruchen können, den Ersatz der Aufwendungen, die sie in der Zwischenzeit hat treffen müssen, sowie den Ersatz der ihr durch die Verspätung der Leistung entgangenen Nutzungen. — Bei *Geldeinlagen* schuldet der Säumige gemäß Art. 104 OR auf alle Fälle (das heißt ohne Rücksicht auf Verschulden) Verzugszinse zu 5 %, höhere, wenn die Parteien Kaufleute sind und wenn der übliche Bankdiskont 5 % übersteigt. Die Kom-

[37] BGE 40 II 121.

[38] ROHG, 22, 136; 25, 167.

mandit- und Kollektivgesellschaft sowie die Kollektivgesellschafter und Komplementäre gelten als Kaufleute (Eintrag im Handelsregister und unbeschränkte Haftung). — Uebersteigt der Schaden der Gesellschaft den Betrag, der ihr durch Verzugszinsen vergütet wird, z. B. weil die Auslandswährung, in welcher die Geldeinlage zu entrichten war, im Kurs gesunken ist [39], so kann auch hiefür Ersatz verlangt werden, sofern nicht der Beitragssäumige sein Nichtverschulden beweist (OR 106); hierbei kommt ihm Art. 538 OR zugute (Haftung für culpa in concreto!).

2. Die Anwendbarkeit von Art. 107 OR

A. Allgemeine Voraussetzungen

Die Ordnung dieses Artikels bezieht sich nach dem Wortlaut auf «zweiseitige» Verträge. Damit sind aber nicht alle zweiseitigen, sondern nur die gegenseitigen (synallagmatischen), die sogenannten Austauschverträge, gemeint [40]. Die Ordnung des Art. 107 OR, insbesondere des 2. Absatzes, ist nämlich auf solche Verträge zugeschnitten, bei denen die eine Leistung als Entgelt für die andere erscheint. Der Vertragszweck liegt hier für den Gläubiger im Empfang der schuldnerischen Leistung.

Der Gesellschaftsvertrag ist nach schweizerischer Auffassung kein Synallagma. Die Beitragsleistung ist nur Mittel zum gemeinsamen Zweck (OR 530^{I}, 531). Leistung und Gegenleistung sind keine Aequivalente des Austausches, und die Pflichten des Gesellschafters erschöpfen sich nicht in der Bei-

[39] BGE 60 II 337.

[40] Oser, Art. 107 N. 5/8; v. Tuhr, Hbd. II, p. 495/96; Becker, Art. 530 N. 4; Göschke in ZBJV, Bd. 60, p. 25; BGE 49 II 491.

tragsleistung [41]. Eine direkte Anwendung der Art. 107 ff. OR kommt deshalb nicht in Frage.

Immerhin ist der Gesellschaftsvertrag, wo die gesellschaftlichen Leistungen den Gesellschafterleistungen ähnlich gegenüberstehen wie Leistung und Gegenleistung im Synallagma, von diesem doch nicht derart verschieden, daß auch die analoge Anwendung von Art. 107 ff. OR dadurch zum vorneherein als ausgeschlossen erschiene [42].

Ob und inwieweit die analoge Anwendung von Art. 107 ff. OR nicht durch besondere gesellschaftsrechtliche Bestimmungen oder die gesellschaftliche Natur des Beitrages ausgeschlossen wird, muß an Hand der einzelnen dort vorgesehenen Rechtsbehelfe untersucht werden. — Sofern die Anwendbarkeit grundsätzlich bejaht werden kann, hat der Geschäftsführer dem säumigen Gesellschafter (bevor auf dessen Leistung verzichtet wird) die in Art. 107, Abs. 1, OR geforderte Nachfrist anzusetzen, da die Annahme von Gesellschafterbeiträgen der Gesellschaft in der Regel auch nach Fälligkeit noch zumutbar ist. Ausnahmsweise kann allerdings auch einer der Gründe des Art. 108 OR vorliegen, der die Nachfristansetzung überflüssig macht. Dafür, wie auch bezüglich des Vorgehens bis zur engern Wahlerklärung gemäß Art. 107, Abs. 2, OR, sei auf die allgemeine Literatur über den Schuldnerverzug verwiesen.

[41] Vgl. hiezu: p. 98 ff. oben.

[42] Dies um so weniger, als z. B. nach frz. und dtsch. Auffassung (obwohl sich der dortige Gesellschaftsbegriff im großen und ganzen mit unserm deckt) der Gesellschaftsvertrag den synallagmatischen Verträgen zuzuordnen ist: Vgl. für Frankreich: Planiol-Ripert, Bd. II, p. 28, 955; für Deutschland: Planck, Bem. IV z. 14. Titel; Enneccerus, § 396 III; Oertmann, Vorbem. z. § 320, 2c, u. Bem. 4b z. § 705.

B. Die Zulässigkeit des Vorgehens nach Art. 107, Abs. 2, beim Verzug mit der Beitragsleistung

a) Anwendung der Regeln über den bürgerlichen oder kaufmännischen Verkehr?

Sofern nach Ablauf der Nachfrist der Gläubiger, hier die Gesellschaft, Verzicht auf die säumige Leistung erklärt, wird im bürgerlichen Verkehr vermutet, er halte an der Leistung (plus Verspätungsschaden) fest; beim Handelsfixkauf [43] dagegen besteht die Vermutung, der Gläubiger habe sich für die Variante II (Verzicht auf die schuldnerische Leistung und deren Umwandlung in Schadenersatz wegen Nichterfüllung) entschieden (OR 190[I]). Der Grund dafür ist in der dem kaufmännischen Verkehr eigenen Tendenz nach schneller und sicherer (die Spekulation des einen Teiles auf Kosten des andern ausschließender) Geschäftsabwicklung zu suchen sowie im Umstand, daß Kaufgegenstand im Handelsverkehr meist Gattungssachen sind, bei denen dem Käufer weniger am Besitz der Objekte als an dem durch ihren Umsatz zu erzielenden Gewinn liegt [44].

Diese Ueberlegungen treffen auf den Gesellschafter nicht zu. Gesellschaftsbeiträge sind Anlage-, nicht Umsatzwerte [45]. Die Beitragsleistung ist kein Zug-um-Zug-Geschäft, dessen Abwicklung ein schnelles Tempo verlangt, um mit raschem

[43] Die Anwendung kaufsrechtlicher Regeln ist deshalb in Betracht zu ziehen, weil sie vom Gesetz in anderer Beziehung in Art. 531 III OR ausdrücklich vorgeschrieben ist.

[44] Oser, Art. 190, N. 5/6.

[45] Dies wenigstens in der überwiegenden Anzahl der Fälle; ausnahmsweise können solche Beiträge allerdings für die Wiederveräußerung der Gesellschaft bestimmt sein. Dann stände — die Anwendbarkeit der allg. Verzugsregeln vorausgesetzt — der Anwendung von Art. 190[I] OR nichts entgegen.

Umsatz den Gewinn zu steigern, sondern mit ihr soll vorerst einmal der Gesellschaftsbetrieb fundiert werden. Deshalb kommen für den Verzug mit der Beitragsleistung nur die Vorschriften über den Schuldnerverzug im bürgerlichen Verkehr in Frage. Will also die Gesellschaft zurücktreten (Variante III) oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Variante II) verlangen, so hat sie nach Ablauf der Nachfrist unverzüglich auf den Beitrag zu verzichten. Die Wahl zwischen Variante II und III kann demnach in einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

b) Zuständigkeit zur Abgabe der Verzicht- und Wahlerklärung

Zuständig für die Verzichterklärung wie auch für die engere Wahlerklärung sind alle übrigen Gesellschafter zusammen, also nicht etwa der Geschäftsführer; denn bei der Frage, ob auf den Beitrag eines Gesellschafters verzichtet werden und überhaupt vom Vertrag zurückgetreten werden soll, handelt es sich nicht um Geschäftsführungsakte wie bei der Einforderung der Beiträge, sondern um Grundfragen des Gesellschaftsverhältnisses, welche dessen Existenz schlechthin in Frage stellen [46]. Praktisch wird allerdings oft der Geschäftsführer die Erklärung auf Grund eines vorangegangenen einstimmigen (mit Ausnahme des Säumigen!) Gesellschafterbeschlusses abgeben. Kann die Einstimmigkeit nicht erreicht werden, so können weder Verzicht- noch engere Wahlerklärung wirksam abgegeben werden. Dem Gesellschafter, welchem das Ausbleiben

[46] Hartmann, Art. 577 N. 8: das hier Gesagte gilt auch analog für obigen Tatbestand. — Vertraglich vorgesehene Mehrheitsbeschlüsse genügen für diesen Fall nicht, da die Maßnahme an den Grundlagen der Gesellschaft rührt (Wieland, p. 715 N. 9; Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, § 140, Anm. 7; Hartmann, zit., nimmt gegen Siegwart, Art. 577 N. 4, Stellung). — Abweichende Lösung für die GmbH in Art. 822III OR, wo eine qualifizierte Mehrheit die Ausschließungsklage beschließen kann!

der einen Gesellschafterleistung als wesentlich erscheint, bleibt dann nur die Klage auf Auflösung aus wichtigem Grund, zu der jeder Gesellschafter einzeln legitimiert ist [47].

c) Zulässigkeit der Wahl der Variante II? [48]

Nach der Austauschtheorie: Die Variante II gemäß Austauschtheorie besteht im Verzicht auf die gegnerische Leistung, an deren Stelle Schadenersatz (positives Vertragsinteresse) gefordert wird, unter Erbringung der eigenen Leistung. Der Vertrag wird somit abgewickelt, allerdings mit der Modifikation, daß an Stelle der ursprünglichen Leistung des säumigen Schuldners die Leistung von Schadenersatz tritt. Für den Verzug mit dem Gesellschaftsbeitrag heißt das, daß die Gesellschaft an Stelle des Sach- oder Arbeitsbeitrages [49] Schaden-

[47] Hartmann, Art. 574 N. 23 ff.; Art. 577 N. 1: die Klage auf Ausschluß aus wichtigem Grund bedarf dagegen mangels anderer Ordnung im Gesellschaftsvertrag ebenfalls der Einstimmigkeit der übrigen Gesellschafter. — Siegwart, Art. 577 N. 4: das geht aus Art. 576 OR hervor, dessen Fassung nicht ganz gelungen ist (dem alten dtsch. HGB entnommen [§ 138], wo der gleiche Gedanke klarer geformt ist). — Hiezu auch: Siegwart, Art. 576 N. 1.

[48] Variante II setzt, obwohl im Gesetz nicht besonders erwähnt, im Gegensatz zum Rücktritt immer ein Verschulden des Säumigen voraus. Vgl.: v. Tuhr, Hbd. II, p. 596; Lemp, p. 37.

[49] Schuldet der säumige Gesellschafter einen Geldbeitrag, so fällt Var. II nach der Austauschtheorie mit Var. I zusammen; das Erfüllungsinteresse der Gesellschaft besteht in der versprochenen Geldleistung plus dem Verspätungsschaden. Wo Verzug mit einem Arbeitsbeitrag besteht, sind die Besonderheiten des Verzugs in Dauerverhältnissen und sein Verhältnis zur bei allen Dauerverträgen vorgesehenen Auflösung aus wichtigem Grund zu berücksichtigen, insbesondere jene des Verzugs des Dienstleistenden im Dienstvertragsrecht. (Es wird hiefür auf die in Entstehung begriffene Berner Diss. von P. Pfäffli «Verzug im Dienstvertragsrecht» und die dort zit. Literatur verwiesen.) Ueber den Verzug mit der Arbeitsleistung, vgl. in der dtsch. Doktrin: Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, § 133, Anm. 5; Staub-Pinner, Bd. I, § 133, Anm. 17; § 253, Anm. 47. RGZ, Bd. 115, p. 363.

ersatz in Geld fordert, aber ihrerseits gehalten ist, alle Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag einzuhalten. Der Gesellschaftsvertrag wird also genau gleich abgewickelt, wie wenn der säumige Schuldner in natura geleistet hätte.

Dieses Vorgehen setzt selbstverständlich voraus, daß der in Frage stehende Beitrag erstens für die Zweckerreichung nicht absolut unentbehrlich ist und daß zweitens er nicht nur durch den betreffenden säumigen Gesellschafter erbracht werden kann. Denn wurde die Gesellschaft z. B. zum Zwecke der Ausbeutung eines Patentes gegründet, so ist es offensichtlich, daß der Verzicht auf die Einbringung dieses Patentes die Erreichung des Gesellschaftzwecks unmöglich macht und die Gesellschaft damit gemäß Art. 545 Ziff. 1 OR ipso iure aufgelöst ist. Variante II Austauschtheorie setzt aber, wie oben dargelegt wurde, gerade die Verwirklichung des Vertrages voraus, weshalb sie in diesen Fällen keine Anwendung finden kann.

Hingegen steht der Anwendung dieser Variante in all den vielen Fällen nichts im Wege, wo es nicht auf die Individualität des Beitrags ankommt, sondern der Gesellschaft und ihrem Zweck auch mit einer Ersatzleistung gedient ist, sei es, daß diese direkt dem Gesellschaftszweck nutzbar gemacht wird, sei es, daß damit die Gesellschaft die ursprünglich geschuldete Leistung anderweitig beschaffen kann. Von der Gesellschaft aus gesehen, ist dann die Lage praktisch nicht wesentlich anders, als wenn sich die Gesellschafter nachträglich geeinigt hätten, daß der säumige Partner an Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung eine Ersatzleistung zu erbringen habe. Die Wahl dieser Variante wird sich aber regelmäßig nur empfehlen, wenn der Säumige zahlungsunfähig geworden ist [50].

[50] Selbstverständlich wird ein zwangsweises Vorgehen gegen einen Gesellschafter das Gesellschaftsgefüge wesentlich erschüttern und eine auflösungsreife Situation herbeiführen. Der säumige Gesellschafter kann aber zur Auflösungsklage aus wichtigem Grund nicht legitimiert sein,

Nach der Differenztheorie: Beim kaufmännischen Kauf kann der Schaden gemäß Art. 191 und 215 OR abstrakt berechnet werden, indem der Gläubiger seine Leistung nicht in natura erbringen muß, sondern sie lediglich dem Werte nach einsetzen und mit der Schadenersatzforderung, die an Stelle der Leistung des säumigen Schuldners getreten ist, verrechnen kann [51]. Der Gläubiger fordert also vom säumigen Schuldner lediglich die Differenz zwischen seiner Schadenersatzforderung und dem Wert seiner eigenen Leistung. Eine effektive Vertragsabwicklung findet nicht statt [52], sondern nur eine wertmäßige.

In Doktrin und Praxis umstritten ist, ob das Vorgehen nach der Differenztheorie auch im bürgerlichen Verkehr zulässig sei [53]. Es kann aber an dieser Stelle verzichtet werden, näher auf diese Kontroverse einzugehen. Selbst wenn man nämlich mit der neueren schweizerischen und deutschen herrschenden Doktrin annimmt, die Differenztheorie sei auch im bürgerlichen Kauf und darüber hinaus bei andern Synallag-

da er ja den wichtigen Grund selbst gesetzt hat. Vgl. hiezu: Siegwart, Art. 547 N. 27; Fraefel, p. 106/7; BGE 24 II 202.
Ist der säumige Gesellschafter zahlungsunfähig, so können die übrigen Gesellschafter in der Regel aus wichtigem Grund auflösen oder ausschließen: vgl. hiezu BGE 29 II 95.

[51] In all den Fällen, wo nach der Differenztheorie vorgegangen wird, wenn der Geldschuldner und Sachgläubiger dem säumigen Gegenkontrahenten gegenüber Variante II wählt; denn dann stehen sich zwei Geldforderungen gegenüber, welche miteinander verrechnet werden.

[52] Wie beim Rücktritt; der Unterschied zu diesem erschöpft sich aber nicht in der verschiedenen Berechnungsweise des Schadens (positives bzw. negatives Interesse!), sondern z. B. auch darin, daß Variante II keinen Rückforderungsanspruch gibt, also nicht mehr zur Verfügung steht, wenn schon geleistet wurde, und daß sie, worauf schon hingewiesen wurde, immer vom Verschulden abhängig ist.

[53] Vgl. die bei Lemp, p. 41, zit. Autoren! Ferner: BGE 44 II 248; 50 II 20; Bl.f.ZR, Bd. 36, p. 368 (Nr. 190).

mas anwendbar, müßte sie für den Verzug mit einem gesellschaftlichen Beitrag ausgeschlossen werden.

Es ist schon festgestellt worden, daß der Gesellschaftsvertrag nach schweizerischer Auffassung kein gegenseitiges Austauschverhältnis bildet. Es ist nun aber von allen Rechtsbehelfen im Verzugsrecht keiner so spezifisch auf Austauschverhältnisse zugeschnitten wie gerade die Variante II Differenztheorie. Schon die Bewertung der in Verrechnung zu stellenden eigenen Leistungen der Gesellschaft würde ganz erhebliche praktische Schwierigkeiten aufwerfen. Entscheidend ist hier aber der betonte Anlagecharakter der Beitragsleistung, wie er vorne [54] zur Ablehnung der Anwendbarkeit der kaufmännischen Verzugsbestimmungen geführt hat. Mag es noch angehen, daß man die Vorteile der Differenztheorie auch dem Gläubiger in den Austauschverträgen des bürgerlichen Verkehrs zubilligt, so erscheint die Ausdehnung auf andere als Austauschverträge, wie den Gesellschaftsvertrag — abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten — rechtlich unzulässig. Die Gesellschaft hat ihre Leistungen, anders als der Verkäufer, nicht angeboten, um einen Gewinn zu erzielen, und kann deshalb niemals wie dieser Anspruch auf die Differenz der beiden gegeneinander aufzurechnenden Leistungen erheben.

d) Zulässigkeit des Rücktritts nach Art. $107^{II}/109^{II}$ OR (Variante III)

Dieses dritte Wahlrecht will den bereits geschlossenen Vertrag ungeschehen machen und den status quo ante wieder herstellen; es wirkt auf den Zeitpunkt der Vertragsentstehung zurück [55]. Der Gläubiger kann seine eigentliche Leistung ver-

[54] Vgl. hiezu: p. 132 f. oben.

[55] Oser, Art. 109 N. 2; BGE 44 II 506, 47 II 188, 49 II 292.

weigern oder sie, wenn er bereits geleistet hat, zurückfordern, wobei die Auseinandersetzung nach obligationen- und sachenrechtlichen Regeln erfolgt. Ferner hat er Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Ein Rückforderungsrecht hat grundsätzlich auch der säumige Schuldner, falls er schon teilweise erfüllt hat [56].

Im Verzug des Gesellschafters mit seinem Beitrag verzichtet die Gesellschaft, d. h. sämtliche (übrigen) Gesellschafter [57], auf die ausstehende Leistung des säumigen Mitgesellschafters. Anderseits hat die Gesellschaft ihrerseits ihre Verpflichtungen nicht länger einzuhalten. Faktisch wirkt sich eine solche Rücktrittserklärung als Ausschluß des säumigen Gesellschafters aus; sie kann die Auflösung der Gesellschaft bewirken, nämlich wenn es der Wille der Gesellschafter ist oder ohne die säumige Leistung der Gesellschaftszweck nicht erreicht werden kann [58].

Für Auflösung und Ausschluß [59] hat nun aber der Gesetzgeber im Gesellschaftsrecht besondere Voraussetzungen aufgestellt. Außer dem Fall der Nichterreichbarkeit des Gesell-

[56] Falls der Gläubiger nicht zulässigerweise Teilrücktritt erklärt hat, was er tun kann, wenn auch seine Leistung teilbar ist und nach dem Parteiwillen die Leistung nicht als einheitliches Ganzes betrachtet werden soll.

[57] Daß zur Abgabe der Rücktrittserklärung nur alle übrigen Gesellschafter gemeinsam befugt sind, wurde vorne auf p. 133 dargelegt. — Unzulässig ist, daß einer der andern Gesellschafter wegen Verzugs eines Partners vom Vertrage zurücktritt; ihm bleibt nur die Auflösungsklage aus wichtigen Gründen, wenn ihm das Festhalten am Vertrag unter den veränderten Umständen nicht mehr zuzumuten ist; vgl. vorne p. 134 N. 47.

[58] Ob man nicht auch bei den Fällen, wo die «übrigen» Gesellschafter weiter machen, dogmatisch richtiger von Auflösung und Neugründung spricht, sei hier offen gelassen.

[59] Kein Ausschlußrecht von Gesetzes wegen bei der einfachen Gesellschaft; Siegwart, Art. 547 N. 41; Becker, Art. 545 N. 13/14. — Vgl. dazu auch: unten p. 177 ff.

schaftszwecks bedarf es dafür eines richterlichen Urteils, das konstitutiv wirkt. Beide, Auflösung und Ausschluß, sind vom Vorliegen eines wichtigen Grundes, bei letzterem in der Person des Auszuschließenden, abhängig [60]. Bei der Ausschlußklage bedarf es dazu noch des Antrages durch alle übrigen Gesellschafter [61]. Die Auseinandersetzung erfolgt nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, d. h. Liquidation bzw. Abfindung [62], wobei natürlich die Schadenersatzansprüche gemäß Art. 97/98 OR gegen den säumigen Gesellschafter zu berücksichtigen sind [63].

Es ist nun offensichtlich, daß nicht jedesmal, wenn ein Leistungsverzug mit einem Beitrag vorliegt, ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 545 Ziff. 7 und 577 OR gegeben ist. Darunter versteht die Gerichtspraxis nämlich Veränderungen persönlicher und sachlicher Art bei einem Gesellschafter seit Abschluß des Gesellschaftsvertrages, die den übrigen Gesellschaftern unzumutbar sind, indem sie die Zweckerreichung ungebührlich erschweren [64], was offensichtlich nicht für jeden Verzugsfall zutrifft. — Sollen die übrigen Gesellschafter nun trotzdem und dazu noch ohne Anrufung des Richters diese Wirkung mit dem Rücktritt gemäß Art. 107[II]/109 OR herbei-

[60] Art. 545, Ziff. 7 bzw. 577 OR.

[61] Also gleich wie für die Rücktrittserklärung, aber unter Vorbehalt einer anderweitigen Regelung im Gesellschaftsvertrag. Vgl. auch p. 134 oben, N. 47 (im speziellen die Siegwart-Zitate).

[62] Siegwart, Art. 547 N. 33; Becker, Art. 547 N. 20; Fraefel, p. 104, 112; Wespi, p. 96. Dazu auch: BGE 30 II 465, 49 II 492, 61 II 193.
Ueber die Stellung des ausgeschlossenen Gesellschafters bis zur Abfindung bzw. der Gesellschaft nach Eintritt des Auflösungsgrundes vgl. Siegwart, Art. 567 N. 48, Art. 578 N. 4; Wieland, p. 718, sowie die entgegengesetzte Meinung von Wiki, p. 49.

[63] Siegwart, Art. 538 N. 22; Bl.f.ZR, Bd. 30, p. 81.

[64] BGE 20, 597, 24 II 199, 30 II 462, u. a. m.

führen können, dessen Ausübung lediglich von den oben [65] genannten formellen Voraussetzungen abhängt? [66]

Dies ist grundsätzlich zu bejahen. Es ist nicht einzusehen, daß der nicht leistungswillige Gesellschafter besser zu stellen sei als der säumige Schuldner irgend einer andern Leistung. Auflösung bzw. Ausschluß aus wichtigem Grund sind Anwendungsfälle der clausula rebus sic stantibus, welche allgemein für Dauerverhältnisse vorgesehen ist. Aendern sich im Laufe der Zeit die Vertragsvoraussetzungen auf unvorhergesehene Weise — oft ohne daß von einer Seite eine eigentliche Pflichtverletzung vorliegt — so soll die benachteiligte Partei nicht länger an das Vertragsverhältnis gebunden bleiben, sofern das nicht zumutbar ist [67]. Falls nun aber die Rechtsordnung für einzelne Pflichtverletzungen allgemeine Rechtsbehelfe vorsieht, die eingreifen, ohne daß ein clausula-Tatbestand verwirklicht ist, so kann der Umstand, daß daneben eventuell

[65] Vgl. hiezu: p. 118 ff. oben.

[66] — Für ausschließliche Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Regelung: Oser, Art. 107 N. 8; Becker, Art. 530 N. 4; Fraefel, p. 45; Tapernoux, Les Cartels, Diss., Lausanne, 1931, p. 205; BGE 49 II 491; Bl.f.ZR, Bd. 40, p. 243 (Nr. 93).
— Für die unbedingte Möglichkeit des Rücktritts: Wieland, p. 545; sowie die herrschende deutsche Doktrin, welche ja den Gesellschaftsvertrag unter die synallagmatischen Verträge einreiht; vgl.: Planck, Bem. IV z. 14. Titel; Enneccerus, § 396 III; Oertmann, Vorbem. z. § 320, 2c, und Bem. z. § 705, 4b; Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, Einl., Anm. 42.
— Bedingte Befürwortung des Rücktritts (gewöhnlich nur in den ersten Stadien der Gesellschaft): Vogelsang, p. 110, 121; Wespi, p. 53; beide für Rücktritt nur vor der Invollzugsetzung der Gesellschaft. — Siegwart, Art. 530 N. 83 nur bei sofortigen und in den ersten Stadien der Gesellschaft fallenden Verpflichtungen; Hartmann, Art. 552 N. 16.
— Vgl. ferner hiezu: BGE 31 II 918, 39 II 251.

[67] Darüber, ob das der Fall ist, werden die Meinungen meistens auseinandergehen, während es über Erfüllung oder Nichterfüllung in der Regel nicht viel zu diskutieren gibt; deshalb ist auch nur in ersterem Fall obligatorisch die Mitwirkung des Richters vorgesehen.

auch noch die Möglichkeit besteht, nach den clausula-Regeln vorzugehen, die Anwendbarkeit dieser allgemeinen Rechtsbehelfe nicht hindern. Die Anwendung der clausula rebus sic stantibus ist eben gerade für jene Fälle besonders vorgesehen, wo das allgemeine Nichterfüllungsrecht nicht mehr hilft. Wo aber eigentliche Verletzungen von Hauptvertragspflichten vorliegen, sind grundsätzlich vor allem die besonders dafür vorgesehenen Rechtsbehelfe, hier die allgemeinen Verzugsregeln, anzuwenden.

Dies gilt aber nur für jene Beiträge, welche mit Abschluß des Vertrages oder doch in den allerersten Stadien der Gesellschaft fällig werden [68]. Nur solange nämlich ist überhaupt eine Auseinandersetzung gemäß Art. 109 OR möglich. Wenn erst einmal Komplikationen durch Haftungsverhältnisse entstanden sind und die Gesellschaft bereits einen Teil ihrer Pflichten dem Säumigen gegenüber erfüllt hat, ist eine Auseinandersetzung nach sachen- und obligationenrechtlichen Grundsätzen kaum mehr möglich, sondern nur noch nach jenen der gesellschaftsrechtlichen Liquidation. Aus diesem Grunde also, nicht wegen der besonderen Voraussetzungen, wird in einer ganzen Anzahl von Fällen der Nichterbringung des Beitrages nur nach Art. 545 Ziff. 7 bzw. 577 und 582 ff. OR vorgegangen werden müssen [69].

[68] Ebenso: Siegwart, Vorbem. N. 113, 117; Art. 550 N. 83; Hartmann, Art. 552 N. 16.

[69] Die Beschränkung des Rücktritts auf Verzugsfälle in den Anfangsstadien der Gesellschaft läßt sich noch aus einem andern Grund rechtfertigen. Unter dem Gesichtspunkt der Erhaltung einmal geschaffener wirtschaftlicher Werte, der in der neueren handelsrechtlichen Doktrin sehr im Vordergrund steht, sollen Auflösung und Liquidation ultima ratio sein (weshalb sie ja auch vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig gemacht werden). — In den Anfangsstadien der Gesellschaft sind aber diese wirtschaftlichen Werte noch gar nicht entstanden, weshalb von hier aus keine Bedenken bestehen können gegen eine Auflösungsmöglichkeit, welche nicht von einem wichtigen Grund abhängt.

Aus dem gleichen Grund ist auch bei *Teilverzug* nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln vorzugehen. Teilrücktritt (vom noch nicht erbrachten Teil der Leistung) ist grundsätzlich möglich, wenn die Leistung des Gläubigers teilbar ist und festgestellt werden kann, welcher Teil seiner Leistung der rückständigen Leistung des Schuldners entspricht [70]. Gerade das aber ist bei der Leistung der Gesellschaft nicht der Fall. Der Rücktritt vom ganzen Vertrag kommt aber aus dem oben erwähnten Grund nicht in Frage, um so weniger als hier für die Auseinandersetzung noch zusätzliche Schwierigkeiten aus dem Umstand entstehen würden, daß ja der geleistete Teil bereits in den Gesellschaftsbetrieb eingespannt ist.

Analoges gilt für den vom Teilverzug begrifflich verschiedenen Verzug des Gesellschafters mit einer *Sukzessivlieferungsverpflichtung:* auch hier kommt regelmäßig nur gesellschaftsrechtliche Liquidation in Frage. Eine Ausnahme liegt nur dann vor, wenn schon beim Verzug mit der ersten im Anfangsstadium der Gesellschaft fälligen Rate auf Nichterfüllung auch der andern Raten geschlossen werden muß. Dann kann nach Art. 107II/109 OR vom ganzen Vertrag zurückgetreten werden.

[70] Vgl. hiezu: v. Tuhr, Hbd. II, p. 600.

SONDERTATBESTÄNDE

§ 21 MANGELHAFTE ERFÜLLUNG

Der Illationsvertrag verpflichtet die Gesellschafter zur Beitragsleistung. Diese Pflicht ist nur erfüllt, wenn die Leistungen frei von Rechts- und Sachmängeln erfolgen. Ist dies nicht der Fall, so liegt eine mangelhafte Erfüllung in rechtlicher oder sachlicher Hinsicht vor [1].

Es wurde bereits hervorgehoben [2], daß Art. 531 III OR in bezug auf die Gewährleistungspflicht, sofern der einzelne Gesellschafter «Eigentum zu übertragen hat», auf die «entsprechende Anwendung der Grundsätze des Kaufvertrages» verweist. Es handelt sich um eine entsprechende Anwendung, weil die Kaufgrundsätze auf einen Austauschvertrag zugeschnitten sind.

Diese Kaufnormen sind direkt anwendbar, soweit es sich um die Voraussetzungen der Rechtsmängelhaftung handelt (OR 192) und um das Verfahren bei solchen (OR 193, 194), um die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung (OR 197), die Mängelrüge (OR 201 ff.), die Verjährung.

[1] Nicht volle Erbringung einer Geldeinlage (oder einer andern Sachleistung) fällt unter teilweise (quantitative) Nichterfüllung im Gegensatz zu «mangelhafter» Erfüllung, die qualitative Fehler aufweist.

[2] Vgl. hiezu p. 38 oben.

Entwehrung kann leichter eintreten als beim Kauf, da zum gutgläubigen Fahrniserwerb bei der Gesellschaft verlangt wird [3], daß alle Gesellschafter, der Inferent inbegriffen, gutgläubig sein müssen. — Die «Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch» muß sich nach bewährter bundesgerichtlicher Auffassung [4] «aus den Umständen und der Natur des fraglichen Geschäftes ergeben», daher in casu als Mittel zum Gesellschaftszweck. Wo die Kenntnis der Mängel beim Erwerber in Betracht kommt (OR 192II, 200) ist zu beachten, daß Unkenntnis des Mangels schon bei einem Mitgesellschafter genügt [5], da die Einbringung nicht eine integrale Eigentumsveräußerung der Einlage darstellt, sondern als Akt der gesellschaftlichen Gesamthand kraft einheitlicher Willenserklärung sämtlicher Gesellschafter erfolgt [6]. Das Verschweigen bekannter Mängel (OR 199, 203, 210) wird wegen der besondern Treuepflicht [7] des Inferenten als Gesellschafter meist schon als Arglist zu behandeln sein [8]. Die Prüfungspflicht (OR 201) obliegt dem Geschäftsführer; wo keiner bestellt ist oder der Bestellte sie nicht erfüllt, fällt sie allen Gesellschaftern zu.

Insbesondere verlangen die Normen über die Wirkungen der Eviktion und der Sachmängelhaftung (OR 195, 205, 208, 209) eine besondere Anpassung an gesellschaftliche Verhältnisse. Aus dem Kaufrecht ist zu entnehmen, was Eviktion ist (OR 192), ob ein Fall der Sachmängelhaftung vorliegt (OR 197), die Zulässigkeit der Wegbedingung der Haftung (OR 199),

[3] Siegwart, Art. 531 N. 8; Hueck, p. 171; Bl.HE Bd. 7, p. 76; ZBJV Bd. 66, p. 20. Deermann behandelt die Gewährleistung überhaupt nicht!

[4] BGE 20, p. 41.

[5] Siegwart, Art. 531 N. 9; Hueck, p. 180.

[6] Vgl. hiezu: p. 32 ff. oben.

[7] Gloor, p. 12; Hueck, p. 120 ff.

[8] Siegwart, Art. 531 N. 9; Bl.f.ZR Bd. 26, p. 196.

die Nichthaftung für unbekannte Mängel (OR 200). — Aber schon die Verschuldensfrage richtet sich nach Art. 538 OR. Erst recht sind die Folgen der Gewährleistungspflicht den besondern gesellschaftlichen Verhältnissen anzupassen [9].

Die Minderungsklage des Art. 205[I] OR schließt keine Vertragsaufhebung in sich, sondern nur eine Aenderung, durch welche die Substanz des Vertrages unberührt bleibt. Aber der Preisminderungsanspruch setzt, wie schon die Bezeichnung sagt, einen Preis voraus, der ja bei der Illation nicht vorhanden ist, da die Gegenleistung nur in Anteilsrechten der Gesellschaft besteht [10]. In dieser Richtung liegt eine Aehnlichkeit mit dem Tausch vor (OR 238). Bei diesem ist auch kein Preis als Gegenwert vorhanden, kann somit nicht herabgesetzt werden. An Stelle der Preisminderungsklage tritt der Anspruch auf Ersatz des Minderwertes [11].

Dieser Ersatz kann durch Zahlung eines Aufgeldes an die Gesellschaftskasse erfolgen [12]. Besteht die fehlerhafte Einlage in «einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen», so kann eine Ersatzleistung in der Form «anderer währhafter Ware derselben Gattung» gefordert werden (OR 206[I]). Liegen die gleichen Voraussetzungen wie beim Platzkauf vor (keine distantia loci), so kann der Inferent selbst «sich durch sofortige Lieferung währhafter Ware derselben Gattung und Ersatz allen Schadens von jedem weiteren Anspruch» befreien (OR 206[II]). Auch bei der nach Art. 206[I] OR eingefor-

[9] Düringer-Hachenburg, Bd. II/1, Allg. Einl., N. 60; Siegwart, Art. 531 N. 9.

[10] Möglich ist allerdings ein aus Kauf und Illation zusammengesetztes Geschäft.

[11] Oser, Art. 238 N. 3; Becker, Art. 238 N. 5.

[12] Wespi, p. 53; Siegwart, Art. 531 N. 9 («positive Schadenersatzleistung»); Staudinger-Geiler, Bd. II/3, § 706, Anm. 10/11; Enneccerus-Lehmann, p. 713; RGR-Komm. zum BGB, § 706, Anm. 3.

derten Ersatzleistung können Schadenersatzansprüche entstehen, z. B. bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften, arglistigem Verschweigen eines Fehlers, arglistiger Vorspiegelung einer nicht vorhandenen Eigenschaft.

Des weiteren ist der Inferent zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den er nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages durch schuldhafte Herbeiführung von Mängeln oder sonstiges schuldhaftes Verhalten verursacht. Dabei ist zu berücksichtigen, daß er nur für culpa in concreto haftet.

Gemäß Art. 205 OR kann der Käufer einer mangelhaften Sache statt auf Minderung auf Wandelung klagen, d. h. Rücknahme des Kaufgegenstandes und Rückgabe des Kaufpreises, eventuell verbunden mit Schadenersatz. Der Kauf wird also wie beim Rücktritt rückgängig gemacht. Gemäß Art. 205^{II} OR steht es aber dem Richter frei, statt auf die begehrte Wandelung auf Minderung zu entscheiden, was er tun wird, wenn er findet, es sei dem Käufer zuzumuten, die Sache zu behalten.

Einen solchen Wandelungsanspruch hat auch die Gesellschaft gegenüber dem Inferenten eines mangelhaften Sachbeitrages [13]. Er ist wie der Rücktritt geltend zu machen durch sämtliche übrigen Gesellschafter. Der Richter wird ihn aber regelmäßig nur schützen, wo die Mangelhaftigkeit so schwerwiegend ist, daß sie die Fortsetzung der Gesellschaft in Frage stellt [14] — andernfalls wird er lediglich auf Minderung erkennen —, also nach ähnlichen Kriterien wie bei der Auflösung aus wichtigem Grund, so daß der Unterschied zur gesellschaftsrechtlichen Auflösung in den Voraussetzungen nicht so groß ist wie beim Rücktritt.

[13] So Wespi, p. 53; Düringer-Hachenburg, Bd. II/1, Einl., Anm. 47.

[14] Im Falle der Unzumutbarkeit für einen einzelnen Mitgesellschafter steht ihm die gesellschaftsrechtliche Klage auf Austritt aus wichtigem Grunde offen.

Hingegen ist die Art der Auseinandersetzung die gleiche — Rückgängigmachung sämtlicher Vertragswirkungen und Wiederherstellung des status quo ante [15] — und deshalb auch die Wandelung nur in den ersten Stadien der Gesellschaft zulässig. Später bleibt nur die gesellschaftsrechtliche Auflösung bzw. Ausschluß aus wichtigem Grund [16], unter Vorbehalt allfälliger Schadenersatzansprüche.

Aus dem gleichen Grunde wie Teilrücktritt bei Teilverzug — Nichtteilbarkeit der Leistung der Gesellschaft — erscheint auch Teilwandelung im Sinne von Art. 209 OR bei der mangelhaften Beitragsleistung regelmäßig ausgeschlossen.

§ 22 DIE BEITRAGSPFLICHT IM STADIUM DER AUFLÖSUNG

Wie schon vermerkt wurde [17], werden die Beiträge vorgesehen und versprochen im Hinblick auf die aktiv tätige Gesellschaft. Die vertragliche Beitragspflicht ist zur Förderung der werbenden Gesellschaft da und erlischt daher mit Eintritt des Auflösungsgrundes. Soweit die Beiträge noch nicht geleistet sind, verlieren sie an Bedeutung gegenüber der bei der einfachen Gesellschaft sich praktisch erst jetzt äußernden unmittelbaren Haftung für die Gesellschaftsschulden. Bei der

[15] Siegwart, Art. 531 N. 9 (ohne Begründung); Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, § 339, Anm. 4.

[16] Falls die Zweckerreichung ohne den mangelfreien Beitrag verunmöglicht wird, erfolgt Auflösung ex lege gemäß Art. 545, Ziff. 1 OR.

[17] Vgl. hiezu: p. 8 ff. oben.

Kollektiv- und Kommanditgesellschaft tritt ja diese Haftung auch rechtlich erst in diesem Zeitpunkt ein. Intern verlieren die Beiträge ihre Bedeutung gegenüber der nunmehr gegebenen Pflicht zur Verlusttragung im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern [18].

Eine Ausnahme bildet der Fall, wo solche Beiträge noch benötigt werden. Das auflösende Ereignis kann ja meist nicht vorausgesehen werden, es kann also eintreten, bevor noch alle Beiträge eingezogen wurden. Sofern sie also noch benötigt werden, können sie auch im Auflösungsstadium geltend gemacht werden [19]. So, wenn sie z. B. zur Tilgung von Gesellschaftsschulden unmittelbar erforderlich sind [20]. Voraussetzung ist, daß die Leistungspflicht der Gesellschaft unbestritten ist. Bestehen zwischen den Gesellschaftern Meinungsverschiedenheiten, so müssen sie zuerst, eventuell im Prozeßweg, beigelegt werden. Die Liquidatoren haben keine Kompetenz, selber zu entscheiden, auch nicht schiedsrichterlich, wenn sie nicht dazu ermächtigt wurden (ausdrücklich in Art. 584^{II} des alten OR). Sie können bis zur Entscheidung ihre weitere Tätigkeit aussetzen, wenn sie das für zweckmäßig halten (§ 155^{III} HGB erteilt sogar bestimmte Weisungen dazu) [21].

Bei Sachen, die nur zum Gebrauch eingebracht wurden, hört mit der eintretenden Liquidation bei der einfachen Gesellschaft die Pflicht zur Gebrauchsüberlassung auf, und der Gegenstand bildet keinen Bestandteil der Liquidationsmasse.

[18] Siegwart, Art. 531 N. 40; Art. 570 N. 17.

[19] Siegwart, Art. 548—50 N. 30; Hueck, p. 313; Job, p. 73. Der Liquidator hat den Nachweis der Notwendigkeit zu erbringen und nötigenfalls eine Abrechnung vorzulegen.

[20] Eine Verrechnung mit dem Anspruch des Gesellschafters auf den noch ausstehenden Liquidationserlös ist nicht zulässig, vgl. SJZ Bd. 20, p. 181 (Nr. 33).

[21] Hartmann, Art. 587 N. 4; Wieland, p. 704, Anm. 64.

Wenn aber der Gebrauch auch während der Liquidation noch nötig ist, z. B. die der Gesellschaft zum Gebrauch überlassenen Lokalitäten, so bleibt das Gebrauchsrecht noch bestehen. Im Konkurs der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft hört das Gebrauchsrecht, sofern notwendig, nicht sofort auf, obschon es kein verwertbares Aktivum bildet [22]. Das gleiche ist über die Gegenstände zu sagen, die der Gesellschaft nur zum Verfügungsrecht überlassen wurden (quoad sortem) [23].

Das Recht, rückständige Beiträge geltend zu machen, steht bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft lediglich den Liquidatoren zu (OR 589), da nur sie übersehen können, ob die rückständigen Beiträge zur Schuldentilgung notwendig sind. Bei der einfachen Gesellschaft besorgen dies die Gesellschafter unter sich, mit Einschluß derjenigen, die von der Geschäftsführung ausgeschlossen waren, wenn sie nicht einen Liquidator wählen (OR 550).

Kommt es zur Klage, so handelt dabei der Liquidator nicht in seiner Eigenschaft als solcher, sondern als Gesellschafter im eigenen Interesse bzw. als besonderer Bevollmächtigter (ad hoc) einer Gruppe von Gesellschaftern [24]. Aeußere und innere Liquidation berühren sich hier. Während die äußere Liquidation im gemeinsamen Interesse erfolgt, kommen bei der innern die individuellen Interessen zum Durchbruch. Beides läßt sich oft nicht über den gleichen Leisten schlagen. In der innern Liqui-

[22] Siegwart, Art. 531 N. 22; Art. 548—50 N. 37; SJZ Bd. 7, p. 27.

[23] Wieland, p. 541 Ziff. 3, p. 589 Anm. 22; Siegwart Art. 548—50, N. 37.

[24] BGE 12, 206; kaum richtig BGE 45 II 423, wo die Liquidatoren als ausschließliche Vertreter der Gesellschaft bezeichnet werden. Die Gesellschafterklage (actio pro socio) kann ja nur intern zur Anwendung kommen, intern wird aber die Gesellschaft durch den oder die Geschäftsführer vertreten. Vgl. Job, p. 113; Siegwart, Art. 548—50 N. 25; Weipert in RGR.Komm. zum HGB, § 149, Anm. 15; RGZ 90, 301 (= Schmidt, p. 86 ff.).

dation besteht die Funktion der Liquidatoren weit mehr darin, Vorschläge zu machen. Kommt es zum gerichtlichen Austrag, so handelt es sich um eine actio pro socio, bei der der Liquidator eben nicht mehr als solcher, sondern als Gesellschafter handelt [25]. — Bei der einfachen Gesellschaft ist die Frage weniger bedeutsam, weil für beide Anordnungen (außen und innen) die Zustimmung aller Gesellschafter gefordert ist, die ja gemeinsam die Liquidation besorgen (OR 550), wenn sie nicht einen Vertreter wählen. — Bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft liquidieren hingegen nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter (OR 583) [26].

[25] BGE 50 II 211.
[26] Siegwart, Art. 583 N. 4.

6. KAPITEL

DIE EINREDE DES NICHT ERFÜLLTEN ODER NICHT ERFÜLLBAREN VERTRAGES

§ 23 DIE EINREDE DES NICHT ERFÜLLTEN VERTRAGES

I. EIGENART

Bei «zweiseitigen Verträgen» bestimmt Art. 82 OR die «Ordnung in der Erfüllung» (Marginale). Es handelt sich um Verpflichtungen, welche genetisch, das heißt nach ihrer Entstehung, und funktionell, das heißt hinsichtlich der Erfüllung, voneinander abhängig sind [1]. Die gegenseitige Abhängigkeit erzeugt die Wirkung, daß jede Partei Anspruch auf Erfüllung hat. Da Simultaneität der beiderseitigen Leistungen nicht immer möglich ist, bestimmen häufig die Parteien selbst, welche von ihnen vorleistungspflichtig sein soll. Eine solche Vorleistungspflicht kann auch aus der Natur des Rechtsverhältnisses (z. B. beim Darlehen, der Gebrauchsleihe, Hinterlegung) oder aus der Uebung hervorgehen. Fehlen solche

[1] BGE 67 II 123.

Anhaltspunkte, so bleibt es bei der gesetzlichen Regel der Zug-um-Zug-Leistung. Aus ihr folgt die Bestimmung des Art. 82 OR, wonach der die Leistung fordernde Gläubiger nur gehört wird, wenn er entweder seine eigene Leistung «bereits erfüllt hat oder die Erfüllung anbietet». — Sonst kann die Gegenpartei die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben.

Die Gesellschaft ist nun, wie dargelegt wurde [2], gleichfalls ein zweiseitiger, nicht aber ein gegenseitiger Vertrag im synallagmatischen Sinne [3]. Es fragt sich daher, ob die genannte Einrede auch dem beitragspflichtigen Gesellschafter zusteht, wenn ein Mitgesellschafter seine Beitragspflicht noch nicht erfüllt hat. Die Zulässigkeit dieser Einrede ist in der Literatur sehr umstritten [4]. Für und gegen die Gewährung sprechen gewichtige Gründe.

Die praktische Bedeutung der Einrede für den Beklagten liegt darin, daß er sie erheben kann, ohne für sie beweispflichtig zu sein. Er genügt vielmehr seiner Stellung, wenn er die Gegenseitigkeit der Verpflichtungen dartut und die Nichterfüllung des Klägers behauptet. Diesem obliegt der Beweis für das Gegenteil [5]. Die Wirkung der Einrede ist bei Nichtwider-

[2] Vgl. hiezu: p. 130 f.

[3] Haas, p. 32: «Im Gegensatz zum synallagmatischen Verhältnis zwischen der zu erbringenden und der zu empfangenden Leistung liegt beim Gesellschaftsverhältnis ein Mittelglied, das jede Leistung durchwandern muß, das Gesellschaftsvermögen.»

[4] Allgemein bejahend, z. B. Oertmann, BGB, § 705, Anm. 4c; Schlegelberger, Komm. zum HGB, Berlin 1939, § 105, Anm. 51; Staudinger, § 705, Bem. Va («für wirkliche Leistungen», die unmittelbar nach Vertrag begründet sind); ebenso Crome, § 283, 1a; Planck, Bem. IV, 1a, zum 14. Titel des 7. Abschn. (bei Leistungen, die in einem synallagmatischen Verhältnis stehen); Guhl, p. 408. — Allgemein verneinend, z. B. Wieland, p. 466; J. v. Gierke, p. 164; Oser, Art. 82 N. 4; Becker, Art. 82 N. 3.

[5] Ausführliche Begründung bei Oser, Art. 82 N. 7; Becker, Art. 82 N. 7; v. Tuhr, Hbd. II, p. 499/500; ZBJV Bd. 25, p. 482.

legung durch den Kläger Abweisung der Klage, und zwar zur Zeit, also ohne res judicata zu schaffen. Bedingungsweise Verurteilung des Beklagten erfolgt, das heißt zur Erfüllung Zug um Zug, wenn der Kläger Erfüllungsbereitschaft zeigt (seine Leistung anbietet)[6], weil es unzweckmäßig wäre, den Kläger trotz der Erfüllungsbereitschaft mit seiner begründeten und vom Beklagten anerkannten Forderung abzuweisen, damit er zuerst erfülle und dann neuerdings klage.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist demnach in der Regel eine aufschiebende (dilatorische) Einrede[7]. Bei der Gesellschaft handelt es sich aber nicht um Zug-um-Zug-Leistungen wie bei Austauschverträgen; die Gegenleistungen der Gesellschaft für die Einlage geschehen in verschiedenen zeitlichen Abständen.

II. BEJAHUNG UND VERNEINUNG DER ZULÄSSIGKEIT

Die unbedingte Ablehnung der Einrede stützt sich denn auch auf die nicht synallagmatische Natur der Gesellschaft, wobei ferner geltend gemacht wird, bei gegenseitigen Verträgen werde die Einrede nur gewährt, weil sonst die eine Partei grundlos zum Kreditieren gezwungen würde. Bei der Gesellschaft werde aber zu einem gemeinsamen Zweck geleistet und die Erreichung desselben sei nicht von der Gleichzeitigkeit der Leistungen abhängig[8].

In der Untersuchung des Zwecks der Einrede muß aber noch weitergegangen werden. Richtig ist, daß die beklagte Par-

[6] v. Tuhr, Hbd. II, p. 499.

[7] v. Tuhr, Hbd. I, p. 28; Hbd. II, p. 462.

[8] Siegwart, Art. 530 N. 78; Oser, Art. 82 N. 4; Becker, Art. 82 N. 2; Wieland, p. 466.

tei bei Nichtgewährung der Einrede neben der ordnungsgemäßen Erfüllung überdies der klägerischen Partei auch kreditieren müßte. Darin läge eine Mehrleistung, also eine rechtlich nicht begründete Mehrbelastung. Des weitern schützt die Einrede den Beklagten auch vor Uebergriffen des Klägers. Sie soll den Kläger in der mißbräuchlichen Ausübung seines Forderungsrechts einschränken, einer unbilligen Ausübung entgegentreten [9]. Es muß nämlich unbillig erscheinen, wenn die eine Partei das Recht verwirklichen könnte, während die andere das Nachsehen hätte. Eine weitere Unbilligkeit liegt darin, daß die klagende Partei auf eine Verpflichtung sich stützen würde, der sie selbst nicht nachgekommen ist [10].

Ein Grund für die Einrede liegt ferner darin, daß der Leistende in einer ungünstigeren Lage sich befindet als der Nichtleistende (Notwendigkeit eines Prozesses, Gefahr der Zahlungsunfähigkeit), ferner, daß der Leistende ein Mittel verliert, um auf die Zahlungswilligkeit der andern einen Druck auszuüben [11].

Diese vorgebrachten Einwände lassen auch im Gesellschaftsrecht eine vorbehaltlose Ablehnung der Einrede nicht zu. Auch die der Gesellschaft eigentümliche Auflösung aus wichtigen Gründen, die übrigens erst mit dem richterlichen Urteil perfekt wird, macht die Einrede so wenig überflüssig, wie bei Güteraustauschverträgen die Möglichkeit eines Rücktritts vom Vertrag wegen Schuldnerverzuges.

Anderseits würde die vorbehaltlose Gewährung der Einrede, die in erster Linie doch auf Austauschverträge zugeschnitten ist, den Eigentümlichkeiten der Gesellschaft zu

[9] So insbesondere: Siegwart: Art. 530 N. 4.

[10] Knoke, p. 42 ff.

[11] Siegwart, Art. 530 N. 78, hebt dies besonders hervor.

wenig Rechnung tragen. All dies spricht einer Zwischenlösung das Wort.

Die Praxis hat die Einrede in folgenden Einzelfällen zugelassen [12], in denen es allerdings um beidseitige deliktische Handlungen ging: bei beidseitig unerlaubten Bezügen aus dem Gesellschaftsvermögen; bei beidseitigen Verletzungen des Konkurrenzverbotes, bei beidseitiger Verwendung von Geschäftsangestellten zu persönlichen Zwecken. In diesen Fällen steht eigentlich der Klage des einen pflichtvergessenen Gesellschafters die exceptio doli generalis des andern entgegen [13].

III. EIGENE STELLUNGNAHME, INSBESONDERE BEI KLAGEN AUF BEITRAGSLEISTUNG

Da die Frage der Zulässigkeit der Einrede weder durch eine glatte Bejahung noch durch eine vorbehaltlose Verneinung beantwortet werden kann, ist zunächst wohl auseinanderzuhalten: die Klage der Gesellschaft einerseits und die Klage eines Mitgesellschafters anderseits.

1. Klage der Gesellschaft

Ein Teil der deutschen Rechtslehre hält die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegen die Klage der Gesellschaft auf Leistung des Beitrages schon konstruktiv für unmöglich [14]. Es fehle insbesondere an der Identität von Verpflichtung und

[12] Bl.HE Bd. 2, p. 145 ff.; Bl.f.ZR Bd. 8, p. 188; Sem.Jud. Bd. 20, p. 280.

[13] Bl.f.ZR Bd. 8, p. 188.

[14] Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. II/2, Berlin 1912, § 357 III; Oertmann, Anm. 4c zu § 705; Planck, IV 1b vor § 705. — Die schweizerische Doktrin macht die Unterscheidung zwischen Klagen der Gesellschaft und der einzelnen Gesellschafter bei Behandlung der Einrede nicht.

Berechtigung. Andere führen teleologische Gesichtspunkte an, die sie aus der allgemeinen Interessenlage ableiten [15]. Diese spricht allerdings gegen die Zulassung der Einrede gegen eine Klage der Gesellschaft: Wesen und Zweck des Gesellschaftsvertrages bedingen in der Regel mehr an Risikobereitschaft als bei Austauschverträgen. Es sei daher im allgemeinen nicht unbillig, von einem Gesellschafter Vorleistung zu verlangen. Die Gesellschaft könne am besten übersehen, welcher Weg der zweckmäßigste sei. Bei einer vielköpfigen Gesellschaft wird es oft schon aus organisatorischen und technischen Gründen kaum möglich sein, eine Zug-um-Zug-Leistung durchzuführen.

Diesen Argumenten ist beizustimmen. Es kommt hinzu, daß der Gesellschaft als dem Gesamtgläubiger nur solche Einreden entgegengehalten werden können, die gerade ihr gegenüber begründet sind. — Man denke ferner an den Fall verschiedenartiger Beitragspflicht; der eine hat ein ganzes Unternehmen, der andere einen Geldbeitrag, der dritte Arbeitsleistungen einzubringen: Gleichzeitigkeit dieser Leistungen ist schon rein praktisch unmöglich.

In besondern Härtefällen steht dem beklagten Gesellschafter übrigens die Einrede der Arglist (ZGB 2) [16] zu oder der Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Gesellschafter [17]. — Bei der Zweiergesellschaft, die sich den Austauschverträgen stärker nähert, ist der Partner der einzig Interessierte an der Erfüllung. Hier ist daher die Einrede in jedem Fall zuzulassen, wo nicht eine Vorleistung vertraglich vorgesehen oder aus technischen Gründen gefordert ist [18].

[15] Hueck, p. 37; Staudinger-Geiler, Bd. II/3, § 705, Anm. 17 (s. dort. Literaturnachweis); Deermann, p. 21.

[16] BGE 45 II 398; 47 II 453, u. a. m.

[17] Hartmann, Art. 557 N. 3; Becker, Art. 534 N. 8.

[18] Planck, Anm. IV 1a vor § 705; Wespi, p. 50; Buser, p. 104; Siegwart, Art. 530 N. 78.

2. Klage eines Mitgesellschafters

Neben der Gesellschaft kann auch jeder Gesellschafter vom andern Beitragsleistung an die Gesamthand verlangen. Bestritten ist [19], ob einer solchen Klage die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegengehalten werden kann, insbesondere wenn ein dritter Gesellschafter, dagegen nicht wenn der Kläger selbst, mit seinem Beitrag säumig ist. — Im letztern Fall ist die Einrede grundsätzlich für berechtigt zu halten. Es wäre sicherlich unbillig, dem selbst Säumigen die Berechtigung zuzusprechen, vom Partner die Erfüllung zu verlangen. Rechtlich ist dies damit zu begründen, daß einem Gesamtgläubiger Einreden entgegengehalten werden dürfen, die gerade ihm gegenüber begründet sind [20].

Hingegen ist die Einrede aus der Nichterfüllung seitens eines dritten Gesellschafters gegen die Klage eines Nichtsäumigen aus den gleichen Gründen abzulehnen wie gegen die Klage der Gesellschaft. Auch der Anspruch des einzelnen Gesellschafters geht auf Leistung an die Gesamthand, daher ist die Einrede, ein dritter Gesellschafter sei gleichfalls säumig, nicht kongruent [21].

[19] Vogelsang, p. 121; Fraefel, p. 38.

[20] Knoke, p. 44; Planck, Anm. IV 1a, § 705; Hueck, p. 37; Fraefel, p. 38; Siegwart, Art. 530 N. 78 (S. zitiert wohl irrtümlich «Vogelsang, p. 208" sowohl in bezug auf die Ansicht als auch auf die Seite, es handelt sich richtig um p. 121).

[21] Staudinger-Geiler, § 705, Anm. 18; RGR.Komm. zum BGB, § 705, Anm. 4; Hueck, p. 37/38; Siegwart, Art. 530 N. 78. (Er nimmt keine grundsätzliche Stellung ein, sondern stellt in diesen, wie in andern Fällen auf die Interessenabwägung ab, d. h. ob im gegebenen Falle die Einrede das richtige Mittel zum richtigen Zweck sei.)

§ 24 DIE EINREDE DES NICHT ERFÜLLBAREN VERTRAGES

Art. 83 OR sieht vor, daß in einem zweiseitigen Vertrage, wenn der eine Teil zahlungsunfähig geworden, namentlich in Konkurs geraten oder fruchtlos gepfändet worden ist und dadurch der Anspruch des andern gefährdet wird, dieser seine Leistung zurückhalten kann, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt ist. Wird innert angemessener Frist auf sein Begehren nicht sichergestellt, so kann er vom Vertrage zurücktreten.

Diese Einrede, welche das Bundesgericht als die des nicht erfüllbaren Vertrages bezeichnet hat[22], ist im Prinzip unter den gleichen Voraussetzungen zulässig wie diejenige des nicht erfüllten Vertrages. Nur kommt in Betracht, daß Konkurs eines Gesellschafters einen gesetzlichen Auflösungsgrund der Gesellschaft bildet, ebenso die Pfändung des Liquidationsanteils, sobald dieser zur Versteigerung gelangt (OR 545, Ziff. 3)[23]. — Bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft können die übrigen Gesellschafter den Betroffenen ausschließen und ihm seinen Anteil am Geschäftsvermögen ausrichten (OR 578, 598)[24].

Was hingegen jede andere Vermögensverschlechterung betrifft, ist darauf Gewicht zu legen, daß diese Rechtsfolge nach Art. 83 OR nur eintritt, «wenn durch diese Verschlechterung

[22] BGE 49 II 463.

[23] Das bloße Verwertungsbegehren (Art. 116 SchKG) hat noch nicht diese Wirkung: Siegwart, Art. 545/47 N. 11.

[24] Die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Betriebenen, mit der Konkursmasse oder dem Ersteigerer des Liquidationsanteils kann nicht durch vorherige Abrede erzwungen werden: Wieland, p. 672; Wespi, p. 92; Siegwart, Art. 545/47 N. 11.

der Vermögenslage der Anspruch des andern gefährdet ist». Wenn also die vermögensrechtliche Leistung eines Gesellschafters eine völlig untergeordnete Verpflichtung ist, während seine Arbeitskraft, seine sonstigen persönlichen Eigenschaften den Ausschlag für die Eingehung des Vertrages gebildet haben, dann ist die Vermögensverschlechterung im Sinne des Art. 83 OR kein gesetzlicher Auflösungsgrund.

Hingegen bleibt das mildere Mittel der Sicherstellung bestehen. Für die vorleistungspflichtigen Gesellschafter bedeutet es, diese Möglichkeit benutzen zu können, für den Betroffenen, daß er weiterhin an den Vertrag gebunden bleibt.

7. KAPITEL

DIE AUSGESTALTUNG DES GESELLSCHAFTSVERTRAGES

Im Verlaufe der Darlegungen hinsichtlich der Beitragsleistungen und der Folgen ihrer Nichterfüllung hat sich vielfach gezeigt, wie erwünscht es ist, daß angesichts der kärglichen Bestimmungen des Gesetzes und der zahlreichen Kontroversen über ihre Auslegung der Gesellschaftsvertrag um so ausführlicher und genauer die Beitragspflichten, ihre Erfüllung und die Folgen der Leistungsstörungen ordne. Hier sollen deshalb abschließend die wichtigsten Punkte der vertraglichen Ordnung einer Betrachtung unterzogen werden.

§ 25 DIE BEITRAGSORDNUNG

Die Leistungen, die der Gesellschafter als Beiträge im technischen Sinne macht, sind ihrem Gegenstand nach solche, die auch bei gegenseitigen Verträgen vorkommen. Es wurde bereits dargelegt, daß jede Leistung dieser Art ihr Analogon hat im Kauf, in der Gebrauchsleihe wie im Darlehen, in Miete und Pacht, in entgeltlichen Einräumungen beschränkter dinglicher Rechte, in der Abtretung von Forderungen, Patenten

und anderer Rechte, im Dienst- und Werkvertrag, Auftrag und dessen Abarten [1].

Wenn die für diese Geschäfte typischen Leistungen als Beiträge versprochen werden, ist zunächst schon die im Vertrag verwendete Bezeichnung so zu wählen, daß über die Beitragseigenschaft der Leistungen möglichst jeder Zweifel ausgeschlossen wird [2].

Bei *beitragsmäßigen Geldeinlagen* sollte daher nicht, wie es vorkommt, von Diskontkredit, Verbuchung auf Debitorenkonto gesprochen werden, von Kapital- oder Kontokorrentkündung statt von Kündigung der Gesellschaft, von Diskontsatz, Banklombardsatz statt von der Verzinsung des Kapitalanteils die Rede sein; Zinse und Gewinne sind nicht durcheinanderzubringen [3].

Das Gesetz geht davon aus, daß die Kapitalbeteiligung in der Weise berücksichtigt wird, daß zunächst eine 4 %-Verzinsung vorgenommen wird (OR 558[II]) — diese unabhängig von Gewinn- oder Verlustjahren — und getrennt davon (wirtschaftlich und rechtlich) die Verteilung des Gewinnes nach Köpfen. Naturgemäß kann im Rahmen der Vertragsfreiheit jede andere Art der Vergütung für die Kapitaleinlagen abgemacht werden, aber die Verwischung der Grenze von Zins und Gewinn ist oft rechtlich schwer zu entwirren.

Des weitern sollte für die Geldbeiträge nicht nur ein bestimmter Fälligkeitstermin festgelegt, sondern auch die Pflicht zur Zahlung unabhängig von der sofortigen Verwendbarkeit begründet werden, sonst muß der einfordernde Geschäftsführer eventuell erst noch (wie schon ausgeführt wurde [4]) den Nachweis

[1] Vgl. hiezu: 2.—4. Kapitel oben.

[2] Möhle, p. 52/53 N. 1.

[3] Bl.f.ZR Bd. 9, p. 257; BGE 17, 151, u. a. m.

[4] Vgl. hiezu: p. 128 oben.

der Notwendigkeit erbringen, wenn die Gesellschaft die Kapitalien nicht in globo von vornherein einsetzt. Die Gesellschafter haben ja im Prinzip nur so viel einzuwerfen, als zur Erreichung des Gesellschaftszweckes notwendig ist [5].

Sollen anderseits die Einzahlungen auf Abruf nach Maßgabe ihrer Notwendigkeit erfolgen, so sollte klargestellt werden, wer darüber entscheidet, und wenn der Beschluß nur einstimmig erfolgen kann, was vorzukehren sei, wenn es z. B. einem einzigen Gesellschafter beliebt, ungerechtfertigte Obstruktion zu machen.

Bei *Sacheinlagen* ist besonders wichtig, durch deutliche Ausdrücke [6] Vermischungen zu vermeiden zwischen Ueberlassung zu Miteigentum, was eigentlich nur Gebrauchsüberlassung bedeuten würde [7], und solcher zu Gesamteigentum. Ebenso ist die bloße Ueberlassung zur Verfügung von der Eigentumsübertragung deutlich zu unterscheiden, zumindest Bestimmungen zu treffen, wonach der Gesellschafter zur Wiederherstellung der durch Zufall untergegangenen Sache aus dem stellvertretenden commodum (z. B. Versicherungssumme) zu bewirken habe [8].

Bei bloßer *Gebrauchsüberlassung* ist die Unterhaltspflicht der Objekte zu ordnen, da die Mietzinsbestimmungen (OR 254) in dieser Richtung nicht maßgebend sein können, weil ja die Gesellschaft auch keinen Mietzins zahlt. Auch ist bei Gebrauchsüberlassung zu bestimmen, ob der Gesellschafter für den zufälligen Untergang der Gebrauchssache Ersatz zu leisten habe, da eine solche Ersatzleistung hier einer Erhöhung oder Ergänzung seiner Einlage gleichkäme, zu der er ja sonst

[5] BGE 40 II 121; vgl. auch: Hueck, Ges.Recht, p. 25.

[6] BGE 46 III 84.

[7] Vogelsang, p. 43; Siegwart, Art. 531 N. 7; ZBJV Bd. 61, p. 311.

[8] Wieland, p. 541 N. 12.

nicht verpflichtet wäre [9], während sein Gewinnanteil durch den Untergang der Gebrauchssache nicht berührt wird, denn er hat ja seine Beitragspflicht erfüllt.

Bei *Nutznießung* an einem Geschäftsvermögen ist insbesondere empfehlenswert, eine detaillierte Nutzungsordnung aufzustellen. Eine besondere Regelung verlangt vor allem das Schicksal der Passiven; dafür haftet hier nämlich der Inferent und nicht die Gesellschaft. Diese haftet auch nicht mit den Nutzungen. Die Gläubiger können vielmehr auf das Nutzungsobjekt unbeschadet der der Gesellschaft eingeräumten Nutzungen greifen [10]. — Da Geschäftsschulden einen Bestandteil des Vermögensganzen bilden und man nicht gut vor Uebergabe des Geschäftes an den Nutznießer die Gläubiger befriedigen kann, ohne eine Liquidation durchzuführen (die meist einer Auflösung des Geschäftes gleichkommt), empfiehlt sich eine Uebernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven, wie sie andernorts nahegelegt wurde [11]. Mit dieser ist nämlich eine Erfüllungsübernahme unter den Parteien und eine Schuldübernahme nach außen verbunden, während der Inferent noch zwei Jahre hindurch solidarisch mithaftet. Das Geschäft ist damit nicht der Gesellschaft ad dominium übertragen, sondern nur ad usum.

Arbeitsleistungen mit Beitragseigenschaft verlangen zunächst eine klare vertragliche Abhebung von den sonstigen Pflichten des Gesellschafters zur Arbeitsleistung, wie Ge-

[9] Auch bei Gebrauchsüberlassung wäre der Gesellschafter nur verpflichtet, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung oder Neubeschaffung aufzuwenden: Enneccerus-Lehmann, BGB Bd. II, p. 713; Staudinger-Geiler, Bd. II/3, § 706 BGB, Anm. 22.

[10] Aehnlich BGB § 1086: «Die Gläubiger des Bestellers können, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung entstanden sind, ohne Rücksicht auf den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen . . .»

[11] Vgl. hiezu: p. 59 f. oben.

schäftsführungs- und Vertretungspflichten, anderseits aber auch vertragliche Klarheit darüber, ob es sich nicht bloß um einen commis intéressé [12] handle. — Da der arbeitsbeitragsleistende Gesellschafter keinen Lohnanspruch hat, muß sich eine eventuelle Vergütung für seine geschäftsführende Tätigkeit (OR 538III) von der mit keiner Lohnforderung verbundenen, als Beitrag geleisteten Arbeit abheben.

Verbindungen von Dienstvertrag und Gesellschaft kommen in der Praxis vor, wie auch Uebergänge von einem Typus zum andern [13]. In solchen ist im Vertrag besonders scharf die eine wie die andere Tätigkeit von einer gleichzeitigen technischen Arbeitsbeitragsleistung in demselben Vertrag (z. B. als Sachverständiger) abzugrenzen.

Wegen des stark zwingenden Charakters des Dienstvertrages sind ferner die anders gearteten Sanktionen für Leistungsstörungen in der Beitragspflicht am besten vertraglich festzulegen. — Bei *werkvertragsähnlichen Leistungen* sind, wie ausgeführt wurde [14], die Rücktrittsrechte des Werkvertrages nicht ohne weiteres anwendbar; dazu kommt, daß Rücktritte im Gesellschaftsrecht sehr unerwünscht sind. Auch hier sollten die Sanktionen bei Störungen vertraglich geordnet werden, weil bei Klagen wegen Auflösung aus wichtigem Grund die Gesellschaft, wie dargelegt wurde [15], auf das richterliche Urteil angewiesen ist.

Bei *Enthaltungsleistungen* als Gesellschaftsbeitrag sind meist Konventionalstrafen die geeignetste Sanktion gegen Störungen. Darauf wird noch weiter unten eingegangen [16].

[12] Vgl. hiezu: p. 65 oben.

[13] Siegwart, Vorbem. zu Art. 530 N. 69, 73; Art. 533 N. 6; Oser, Art. 330 N. 10.

[14] Vgl. hiezu: p. 66 oben.

[15] Vgl. hiezu: p. 138 ff. oben.

[16] Vgl. hiezu: p. 165 ff. unten.

§ 26 SICHERUNGEN, SANKTIONEN UND ANPASSUNGSBESTIMMUNGEN

Die Erfüllung der Beitragspflicht kann vertraglich durch alle gesetzlich zulässigen Sicherungsmittel für vertragliche Leistungen verstärkt werden, wie Konventionalstrafe, Bürgschaft, Pfand, Solidarität usw., die bei den Personengesellschaften keine oder nur geringe Abweichungen von den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen aufweisen. Ein näheres Eingehen verdient nur die Konventionalstrafe.

I. KONVENTIONALSTRAFE

Ihre Zulässigkeit steht außer Frage, obschon das Gesetz sie nur bei der AG und GmbH ausdrücklich erwähnt (OR 681, 682; 777, 799). Sie eignet sich besonders bei Kartellgesellschaften zur Sicherung der Enthaltungspflichten mit Beitragseigenschaft, weil die Einhaltung meist wesentliche Bedingung für den Bestand des Kartells ist und der konkrete Schaden, den es durch die Verletzung der Enthaltungspflicht erleidet, in der Regel schwer nachzuweisen wäre.

Das Verhältnis zwischen der Beitragsleistungspflicht und der Konventionalstrafe kann dreifacher Art sein. Es kann sich um eine exklusive Konventionalstrafe handeln (Wandelpön, OR 160III), durch deren Entrichtung sich der Gesellschafter von der Leistung des Beitrages einseitig befreit. Diese reugeldartige Vertragsstrafe eignet sich aber am wenigsten für die Sicherung der Beitragsleistung, da sie eher eine Erleichterung als eine Erschwerung der Schuldnerstellung bedeutet [17].

[17] Oser, Art. 160 N. 7; Guhl, p. 364.

Die in Gesellschaftsverträgen stipulierte Konventionalstrafe ist mangels anderer Abrede (soweit Kartellverträge in Betracht kommen) nicht als alternative aufzufassen, d. h. sie tritt nicht an Stelle der Erfüllung und entbindet den Fehlbaren nicht von der Beitragsleistung, wie z. B. nach Art. 359^{II} OR. — Vielmehr ist bei Kartellverträgen, wo die Enthaltungsverpflichtung meist eine dauernde ist, Kumulativcharakter der Konventionalstrafe anzunehmen. Es kann sowohl die Entrichtung derselben als auch die Beitragsleistung verlangt werden [18]. — Bei andern als Kartellgesellschaften ist im Zweifel eher eine alternative Konventionalstrafe anzunehmen, weil sie für den Schuldner die leichtere Verpflichtung darstellt. Die Gesellschaft wird wohl zunächst den Versuch machen, vom Gesellschafter die Erfüllung der Beitragspflicht zu verlangen, besonders bei Sachleistungen, und erst bei Mißerfolg die Konventionalstrafe einfordern.

Hat der Gesellschafter nur teilweise erfüllt, so kann zwar immer noch die Konventionalstrafe verlangt werden, die Teilleistung ist aber auf die Strafe anzurechnen oder dem Gesellschafter zurückzustellen. — Die Stipulierung einer Konventionalstrafe für den Fall des Austritts eines Gesellschafters wurde vom Bundesgericht für unzulässig erklärt [19].

Das richterliche Ermäßigungsrecht gemäß Art. 163^{III} OR ist anwendbar [20]; bei Kartellverletzungen hat aber das Bundesgericht auch sehr hohe Konventionalstrafen geschützt [21].

[18] Schärer, Die Natur des Kartellvertrages, Diss. Bern, 1917, p. 140. Auch nach Art. $98^{II, III}$ OR kann sowohl Schadenersatz wie Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes verlangt werden: Oser, Art. 98 N. 8 ff.

[19] BGE 48 II 439. Sie könnte sich als unzulässige Freiheitsbeschränkung im Sinne von Art. 27 ZGB erweisen. Dazu: Düringer-Hachenburg, Bd. II/1, Allg. Einl., Anm. 244, 299.

[20] BGE 41 II 138; 42 II 148; 52 II 225; 63 II 245.

[21] BGE 39 II 257; 39 II 581.

Bei einfachen Gesellschaften gehört, wie oben dargelegt wurde [22], die Einforderung des Beitrages, damit auch der Konventionalstrafe, zu den außergewöhnlichen Handlungen des Geschäftsführers. Der einzelne Gesellschafter wird die Klage in der Regel erst erheben dürfen, wenn der Geschäftsführer selber beitragssäumig oder sonst nicht in der Lage ist, zu klagen.

II. STIMMRECHTSNACHTEILE

Bei der AG bestimmt Art. 694 OR, daß das Stimmrecht entsteht, sobald auf die Aktie der gesetzlich oder statutarisch festgesetzte Betrag einbezahlt ist. Bei den Personengesellschaften kann vertraglich das Maß des Einflusses auf die Gesellschaftsangelegenheiten für die einzelnen Gesellschafter ein verschiedenes sein. — Der nichtgeschäftsführende Gesellschafter ist grundsätzlich nur stimmberechtigt, soweit es sich um Geschäfte handelt, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehen. Vertraglich kann aber auch eine Mitwirkung minderen Grades für einzelne Gesellschafter vorgesehen sein, etwa im Sinne der Zuerkennung einer bloß beratenden Stimme [23].

Um so mehr erscheint es als zulässig, durch Vertragsbestimmung einen mit der Beitragsleistung Säumigen bis zur Erfüllung im Stimmrecht einzustellen. Wenn sich jeder Gesellschafter schon bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages einer solchen Sanktion unterstellt, ist weder das Prinzip der Gleichheit verletzt, noch liegt ein zu weitgehender Eingriff in die Persönlichkeitsrechte vor. Nur bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung würde eine solche Sanktion zu einem dauernden

[22] Vgl. hiezu: p. 94 oben.

[23] Siegwart, Art. 534 N. 4.

Stimmentzug führen, somit eine Strafe ohne Schuld bedeuten. — Es ist daher in diesem Fall auf die Maßnahmen bei Unmöglichkeit der Leistung zu verweisen [24].

III. ENTZUG ODER BESCHRÄNKUNG DER GESCHÄFTSFÜHRUNG

Schuldhafte Säumigkeit in der Beitragsleistung ist zweifellos eine Verletzung nicht nur der Vertragspflicht, sondern auch der spezifischen gesellschaftlichen Treuepflicht. Das kann aber auch einen Einfluß auf die Geschäftsführung haben. Gemäß Art. 539II OR kann bei wichtigen Gründen einem Gesellschafter die ihm im Gesellschaftsvertrag eingeräumte Geschäftsführung «von jedem der übrigen Gesellschafter selbst dann entzogen werden, wenn der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt». Um so mehr ist dies zulässig, wenn es im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist.

Auch was wichtiger Grund sei, kann schon im Vertrag festgelegt werden; es kommt hiebei namentlich die Verletzung gesellschaftlicher Pflichten in Betracht, und dazu gehört auch die Nichtleistung der Beiträge [25]. — Bei bloßer Säumigkeit, die noch nicht in Nichterfüllung übergegangen ist, genügt als Sanktion u. a. auch die zeitweilige Einstellung oder auch nur eine vorläufige Beschränkung der Geschäftsführung, z. B. auf gewisse Geschäfte [26]. Ist die Beitragssäumigkeit schon im Vertrag als wichtiger Grund zur Entziehung oder Beschränkung der Geschäftsführung vorgesehen, so kann in dieser Bestim-

[24] BGE 29 II 95 erwähnt dies sogar als Auflösungsgrund.

[25] Wieland, p. 575.

[26] Was sich jedoch bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften nur im Innenverhältnis auswirken kann!

mung sicherlich nichts Unzulässiges gefunden werden. Anderseits ist eine solche Sanktion ein geeignetes Druckmittel zur Zweckerreichung; dies vor allem dann, wenn die Geschäftsführung honoriert wird und mit ihrer Einstellung oder Beschränkung auch die Honorierung entfällt bzw. verkürzt wird. — Um so mehr kann eine Einstellung in der Honorierung ohne gleichzeitige Einstellung oder Beschränkung der Geschäftsführung als Sanktion vorgesehen werden [27].

Dem Nichtgeschäftsführenden kann aus den gleichen Gründen als Sanktion vertraglich auch noch der verbliebene Rest zeitweilig und bei Nichtleistung ganz entzogen werden, z. B. das Recht zum Widerspruch gegen Maßnahmen anderer Gesellschafter [28]. — Das gleiche wie für die vertragliche gilt auch für die gesetzliche Geschäftsführung [29].

[27] Hartmann, Art. 558 N. 17; Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, § 110, Anm. 15; § 121, Anm. 3.

[28] Hueck, p. 92, ist für diese Entziehung aus wichtigem Grund auch ohne entsprechende Vertragsbestimmung.

[29] Hartmann, Art. 557 N. 17; Becker, Art. 539 N. 1. — Anderer Meinung: Wieland, p. 574, Anm. 55; Siegwart, Art. 535 N. 25; Art. 539 N. 8. Das deutsche HGB hat die Unterscheidung zwischen vertraglicher und gesetzlicher Geschäftsführung, wie sie § 712[I] BGB macht, für die offene Handelsgesellschaft beseitigt; so auch Art. 565 gegenüber Art. 539 OR. Siegwart, Art. 535 N. 25, meint: «Wenn alle Gesellschafter gemäß der gesetzlichen Ordnung gleichberechtigt sind, so kann dauernd diese Gleichheit gegen den Willen des Betroffenen nicht gestört werden, weil damit eine wesentliche Vertragsgrundlage geändert würde. Tritt also ein bleibendes Hindernis, die Geschäfte zu führen, bei einem Gesellschafter ein und finden sich nicht alle Gesellschafter mit diesem Zustand ab oder verabreden eine neue Geschäftsführungsordnung, so kommt es zur Auflösung der Gesellschaft.» Siegwart erklärt aber in Art. 539 N. 8 selbst, dieser Unterschied sei praktisch nicht sehr wichtig, da auch Streitigkeiten über die vertragliche Geschäftsführung meist zur Auflösung der Gesellschaft führen.

IV. ENTZUG ODER BESCHRÄNKUNG DER VERTRETUNGSMACHT

Bei der einfachen Gesellschaft steht die gesetzlich vermutete Vertretung allen geschäftsführenden Gesellschaftern zu (OR 543^{III}). Die Vertretungsmacht ist ein Ausfluß der Geschäftsführung, und daher entspricht es der Logik, den Entzug wegen Nichterfüllung der Beitragspflicht unter die gleichen Voraussetzungen zu stellen (OR 565). — Der Grundsatz der Widerruflichkeit der Vertretung aus wichtigen Gründen ist sowohl auf die gesetzliche als auch auf die vertraglich eingeräumte Vertretung anzuwenden. — Art. 565 OR bedeutet eine Einschränkung der sonstigen freien Widerruflichkeit der Stellvertretung nach Art. 34 OR. — Die unterschiedliche Behandlung der gesetzlichen und vertraglichen Vertretung ist in Art. 565^{I} OR fallen gelassen worden.

Um so weniger besteht Anlaß, die einfache Gesellschaft in dieser Richtung strenger zu behandeln als die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, zumal bei diesen der Vertretungsentzug weitergehende Folgen hat. Er muß nämlich registriert werden (OR 555), gelangt somit zur Kenntnis der Oeffentlichkeit und kann wegen der Publizität des Ereignisses der Gesellschaft in der öffentlichen Meinung (z. B. bei Banken) Abbruch tun; dies ist bei der einfachen Gesellschaft nicht im gleichen Maß der Fall.

Somit können im Gesellschaftsvertrag die gleichen Bestimmungen und Sanktionen betreffs Vertretungsmacht getroffen werden, wie sie bei der Geschäftsführung behandelt wurden [30].

[30] Vgl. dazu: p. 168 f. oben.

V. VERZINSUNG UND GEWINNBETEILIGUNG

Die gesetzlichen Verzinsungsnormen bei den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (System der festen Verzinsung) können zum unbilligen Ergebnis führen, daß Gesellschafter, die nur ihre Arbeitskraft einbringen, die Zinsen der Kapitaleinlagen als Verlust zu tragen haben, wenn z. B. die Betriebsrechnung passiv ist, so daß sie zur Erfüllung der Verzinsungspflicht nicht ausreicht [31]. — Sache des Gesellschaftsvertrages ist es daher, solche Unbilligkeiten in anderer Weise auszugleichen, z. B. durch erhöhte oder abgestufte Honorare, durch Garantie von Gewinnanteilen.

Als Sanktion gegen Säumnis und Nichterfüllung von Kapitalbeitragspflichten (Einlagen) können im Gesellschaftsvertrag keine Verzinsungsnachteile vorgesehen werden, weil ja auf den passiven Kapitalanteil [32] ohnehin keine Passivzinsen angerechnet werden [33]. Es kann hingegen etwa bei Nichteinzahlung weiterer noch ausstehender Beiträge die Einstellung oder Herabsetzung der Verzinsung der bisher einbezahlten als Sanktion vorgesehen werden.

Der Kommanditär hat einen gesetzlichen Anspruch auf Zinsen mangels anderer Abrede nur wenn und insoweit das Jahresergebnis es gestattet. Doch bedeutet die Verzinsung eine Rückzahlung des Beitrages, so daß die Haftung des Kommanditärs dem Gläubiger gegenüber in entsprechendem Maße wieder auflebt [34]. Dieser Anspruch kann ihm vertraglich als

[31] Wieland, p. 550; Siegwart, Art. 558—60 N. 21; Hartmann, Art. 558 N. 14.

[32] Vgl. hiezu: Siegwart, Art. 558—60 N. 11/35; Protokoll, p. 35.

[33] Staub-Pisko, Art. 106 HGB N. 1.

[34] Ob gesetzlich oder vertraglich, ist umstritten. Wie im Text: Siegwart, Art. 598 N. 6. Anderer Meinung: Guhl, p. 437; Hartmann, Art. 601 N. 16.

Sanktion für Säumigkeit ganz oder teilweise bzw. für gewisse Zeit genommen werden.

Was die Gewinnbeteiligung betrifft, kann im Gesellschaftsvertrag allgemein eine Gewinnkürzung bei verminderter Gesellschaftsleitung vorgesehen werden, ohne daß die Art und Höhe der Kürzung schon zum voraus festgelegt zu werden braucht. Dies kann z. B. einem Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter (der von Fall zu Fall zu fassen ist) oder sogar einem Dritten überlassen werden [35]. — Eine solche Kürzung verschärft sich noch dadurch, daß bestimmt werden kann, der säumige Gesellschafter — obschon er nicht oder nur beschränkt an der Gewinnausschüttung teilnimmt — habe allfällige Verluste in voller Höhe wie die Mitgesellschafter zu tragen.

VI. KADUZIERUNG?

Bei den körperschaftlichen Gesellschaften sieht das Gesetz Kaduzierungsverfahren vor (OR 681, 799, 800, 867). Man könnte es ein Mittel der Generalprävention nennen. — Besonders wenn das Säumnis in der Erfüllung der Beitragspflicht auf Zahlungsunfähigkeit beruht, ist der Gesellschaft weder mit der Anordnung von Verzugszinsen noch mit der Pflicht zur Zahlung einer Konventionalstrafe gedient.

Für solche Fälle eignet sich am besten eine Verlustigerklärung der Gesellschaftsrechte. Die Doktrin nimmt an, daß die Statuten der genannten Gesellschaften die Nichterfüllung oder die nicht richtige Erfüllung auch von Naturalleistungen mit

[35] Hartmann, Art. 558 N. 7; ROHG Bd. 16, p. 427.

den gleichen Folgen belegen können, die für die Einzahlung der Einlagen vorgeschrieben sind [36].

Es fragt sich, ob eine solche Kaduzierung auch bei den Personengesellschaften zulässig sei. Wie schon andernorts ausgeführt [37], wird in Art. 577 OR für die Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund ein richterliches Urteil verlangt. Die Meinungen in der deutschen und schweizerischen Doktrin hierüber sind uneinheitlich, doch die Mehrzahl der Autoren beurteilt das hier zur Diskussion stehende Problem, ob nicht schon der Gesellschaftsvertrag an Stelle des richterlichen Urteils einen Gesellschaftsbeschluß bezüglich des Ausschlusses eines Gesellschafters vorsehen darf, im positiven Sinne.

Festzuhalten ist, daß die Konstituierung, die Aenderung und die Auflösung einer Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft grundsätzlich auf vertraglicher Basis der Beteiligten beruhen. Durch Vereinbarungen ihrerseits kann daher das Schicksal dieser beiden Personalgesellschaften weitgehend beeinflußt werden. Die Frage, ob die Ausschließung eines Gesellschafters im Sinne von Art. 577 OR gerechtfertigt sei, ist daher wohl kaum von solcher Natur, daß sie dem freien Verfügungsrecht der Parteien nicht untersteht [38].

Nachdem für das deutsche Recht schon Cosack [39] den Ausschluß eines Gesellschafters befürwortete, «ohne daß es erst einer Entscheidung des Gerichts gegen ihn bedarf», führte

[36] Janggen-Becker, Komm.ZGB, Bd. VII, Teil 3: GmbH, Bern 1939, Art. 777 N. 13; Mayer, p. 96; Höchli, Die Kaduzierung von Aktien im rev. OR, Diss. Zürich, 1941, p. 34 ff.

[37] Vgl. hiezu: p. 138 ff. oben.

[38] Dies ist die Stellung des Eidg. Amtes f. d. Handelsregister zu unserer Frage; vgl.: AG, Bd. 16, p. 36.

[39] Cosack, Lehrbuch des HR, Stuttgart 1910, p. 694.

Düringer-Hachenburg [40] zu dieser Frage folgendes aus: «Derartige Vereinbarungen liegen durchaus im Rahmen der auch sonst grundsätzlich zugelassenen Autonomie. Gegen solche Vereinbarungen bestehen um so weniger Bedenken, als eine derartige Ausschließung wirtschaftlich für den Ausscheidenden im allgemeinen günstiger sein wird als die (auch) gegen seinen Willen mit Stimmenmehrheit beschlossene Auflösung der Gesellschaft». Nach Weipert [41] finden sich weder im Wesen noch in den besonderen Bedürfnissen der OHG Anhaltspunkte für einen zwingenden Charakter der Vorschrift. Einzig Staub-Pinner [42] ist der Meinung, daß der Gesellschaftsbeschluß nicht ausreiche zur Ausschließung; dazu sei einzig richterliches Urteil kompetent.

In der schweizerischen Doktrin verficht Siegwart [43] den Standpunkt, im Gesellschaftsvertrag könne ausdrücklich vorgesehen werden, «daß der Ausschluß schon mit einstimmigem oder mit einem Mehrheitsbeschluß (in letzterem Falle mit oder ohne Mitbeteiligung des Betroffenen) perfekt wird». Allerdings fügt er bei, daß «auch dann der Ausschluß nur aus wichtigen Gründen möglich ist, und es kann das richterliche Ueberprüfungsrecht nicht ausgeschlossen werden». — Hartmann folgt hingegen [44] den Ueberlegungen Staub-Pinners, doch weist er gleichzeitig den Weg zu einem Kompromiß im Meinungsstreite: «Da es sich um interne Beziehungen unter den Gesellschaftern handelt, bei deren Gestaltung sie freie Hand haben (sic!), müssen die Beteiligten auch befugt sein, Streitig-

[40] Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, § 140 Anm. 15.

[41] Weipert in RG-Komm. z. HR, § 140 Anm. 32.

[42] Staub-Pinner, Bd. I, § 140 Anm. 4/6.

[43] Siegwart, Art. 577 N. 5.

[44] Hartmann, Art. 577 N. 4/5.

keiten darüber dem ordentlichen Richter zu entziehen und sie dem Entscheid eines oder mehrerer Schiedsrichter zu unterstellen»[45].

Wodurch unterscheidet sich nun dieses besondere Verfahren vom Ausschluß aus wichtigem Grund? Der Vorteil bei der Ausschließung wegen Beitragssäumigkeit durch eine *vertragliche Kaduzierungsbestimmung* liegt hauptsächlich darin, daß selbst im Streitfall der Richter nicht nach freiem Ermessen über die Wichtigkeit des Grundes zu bestimmen hat[46]. Es verbleibt ihm somit nur noch die Ueberprüfung der Voraussetzungen, d. h. der Beitragssäumigkeit. — Des weitern hat bei der Kaduzierung der Ausgeschlossene keine Exkulpationsmöglichkeit, um sich den Folgen der Säumigkeit zu entziehen.

Der Vertrag hat das Kaduzierungsverfahren und dessen Durchführung zu bestimmen. Dazu gehört[47] mindestens eine Beschlußfassung auf Einleitung eines Kaduzierungsverfahrens, eine Aufforderung des Säumigen zur Leistung des Beitrages, die Ansetzung einer Nachfrist von angemessener Dauer, soweit nicht die vorausgegangene fruchtlose Betreibung oder notorische Leistungsunfähigkeit eine solche nutzlos erscheinen lassen. Sodann hat ein Beschluß auf Ausschließung gefaßt zu

[45] Auch das Bundesgericht folgte in BGE 69 II 118 dieser Auffassung und vollzog somit eine Praxisänderung gegenüber z. B. BGE 24 II 193. Aehnliche Ueberlegungen in AG, Bd. 16, p. 36. — Daß die Entscheidung über einen Ausschließungsantrag auch einem Schiedsgericht übertragen werden kann, bejahen auch Düringer-Hachenburg, Bd. II 2, § 140, Anm. 15, sowie Weipert in RG-Komm. z. HR, § 140, Anm. 32. Vgl. hiezu auch: § 27 II (p. 182 f.), unten.

[46] Was nämlich als «wichtiger Grund» angesehen werden soll, dürfen die Gesellschafter ohne weiteres einverständlich vereinbaren: Hartmann, Art. 577 N. 2/4 in Verbindung mit Art. 574 N. 24; Becker, Art. 545 N. 22. Im Ergebnis gleicher Meinung: Siegwart, Art. 545—47 N. 30; Düringer-Hachenburg, Bd. II 2, § 140 N. 14; Weipert in RG-Komm. z. HR, § 140, N. 30.

[47] Höchli, p. 15 ff.

werden, was aus den Art. 681, 799, 800, 867 OR abgeleitet werden kann.

Es handelt sich um einen strukturändernden Beschluß, zu dem Einstimmigkeit gefordert ist, sofern der Vertrag nicht etwas anderes bestimmt. Der Betroffene selbst hat dabei naturgemäß kein Stimmrecht, sonst könnte ein solcher Beschluß überhaupt nie zustandekommen. Gemäß Art. 577 OR sind ja auch zum Antrag auf richterliche Ausschließung die «übrigen Gesellschafter», also mit Ausschluß des Betroffenen, legitimiert [48].

Die Wirkungen des Ausschlusses sind nicht wie diejenigen bei den körperschaftlichen Gesellschaften (insbesondere bei der Genossenschaft): Verfall bereits gemachter (Teil-) Leistungen an die Gesellschaft (OR 681^{II}), Erlöschen des Rechts auf den Abfindungsanspruch (OR 865) oder auf das Liquidat. Auch bei diesen Gesellschaften kann übrigens das Statut mildere Folgen eintreten lassen, je nach dem Grade des Verschuldens, den der Ausgeschlossene zu verantworten hat. Bei den Personalgesellschaften, wo der einzelne Teilhaber unbeschränkte Risiken eingeht (unbeschränkte Haftung, mit Ausnahme des Kommanditärs), ist es recht und billig, daß ihm auch die Erfolgschancen nicht ohne Rücksicht auf Verschulden genommen werden.

Er ist vielmehr in die Rechtsstellung zu versetzen, wie sie bei schuldhafter Nichterfüllung der Beitragspflicht dargelegt wurde [49], und zwar in die Stellung, wie sie sich bei Eintritt eines Auflösungsgrundes für die Gesellschaft ergibt. Der Ausgeschlossene behält also den Anspruch auf das Liquidat, allerdings unter Berücksichtigung seiner Fehlbarkeit und seines passiven Kapitalanteils.

[48] Siegwart, Art. 577 N. 4.

[49] Vgl. dazu: p. 138 ff. oben.

VII. ANPASSUNG AN DIE MANGELHAFTE BEITRAGSLEISTUNG

Der Gesellschaftsvertrag kann bei nicht korrigierbarer mangelhafter oder gänzlich ausbleibender Beitragsleistung zum voraus Anpassungen an die neue Lage vorsehen, was sich empfiehlt, um einen Schutz der Gesellschaft vor vorzeitiger Auflösung zu erreichen. — Dies kann auch in allgemeiner Form geschehen, indem einem Mehrheitsbeschluß überlassen wird, je nach der Sachlage eine Verengung oder Umwandlung des Zweckes zu beschließen, ohne daß die Kontinuität der Gesellschaft dabei gänzlich verloren geht [50].

Dies ist um so wichtiger, als gemäß Art. 545 Ziff. 1 (der auch für die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft gilt, laut Art. 574 und 619 OR) die Gesellschaft von Gesetzes wegen aufgelöst wird [51], wenn die Erreichung des Zweckes, zu welchem sie geschlossen wurde, unmöglich geworden ist. Da hiezu weder Auflösungsklage noch Kündigung nötig ist, fragt es sich, wessen Meinung im Zweifel entscheidend sei, ob der Zweck unerreichbar geworden ist. Mit Recht äußert sich die Denkschrift II zur Revision des deutschen HGB [52] dahin, es lasse sich bei der offenen Handelsgesellschaft nur selten ohne weiteres erkennen, ob der Gesellschaftszweck erreicht oder

[50] Siegwart, Art. 530 N. 19; Wieland, p. 808; über den Schutz des einzelnen Gesellschafters vor solchen Zweckänderungen vgl.: Durrer, p. 48/49, 59, 91 ff.

[51] Anders § 131 HGB, der Unerreichbarkeit des Zwecks als Auflösungsgrund nicht nennt und es damit dem Beschluß der Gesellschafter überläßt, ob in solchem Falle aufzulösen sei. Hueck, p. 219 und die dort zit. RG-Entscheide.

[52] Zitiert bei: Staub-Pinner, Bd. I, § 131 HGB; Denkschrift II zum Entwurf eines deutschen HGB und eines EG in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897, p. 104.

seine Erreichung unmöglich geworden sei. Schon mit Rücksicht auf das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten erscheine es daher nicht angängig, die Erreichung oder Unerreichbarkeit des Zweckes als von Rechts wegen wirkende Auflösungsgründe anzuerkennen [53]. — Auch hier werde es vielmehr am besten der Gesellschaft überlassen, die Auflösung gemeinsam zu beschließen oder sie im Wege der gerichtlichen Entscheidung herbeiführen zu lassen.

Da nun Art. 545 Ziff. 1 (OR 574, 619) die Auflösung wegen Unerreichbarkeit — im Gegensatz zum deutschen HGB — von Gesetzes wegen eintreten läßt, ist es um so mehr geboten, schon im Gesellschaftsvertrag Anpassungsbestimmungen an eine neue Sachlage vorzusehen und sie (durch Zulassung eines Mehrheitsbeschlusses) vor technischer Obstruktion seitens eines hartköpfigen einzelnen Widerstrebenden zu schützen. Dieses Vorgehen ist schon deshalb angezeigt, weil in der Doktrin darüber, was unter Gesellschaftszweck zu verstehen ist, keineswegs Einigkeit herrscht [54]. Insbesondere ist nicht eindeutig festgelegt, ob der Zweck das im Gesellschaftsvertrage genannte Handelsgewerbe überhaupt ist, ohne Rücksicht auf das Gewinnergebnis, oder das durch das Handelsgewerbe erstrebte Gewinnziel [55].

Die schweizerischen Kommentatoren äußern sich bei Art. 545 Ziff. 1 OR nicht über diesen Punkt [56]. — Becker begnügt sich mit zwei Beispielen: Eine Gründergesellschaft erreiche ihren Zweck mit der vollzogenen Gründung, eine Terraingesellschaft mit dem Verkauf der letzten Parzelle. Daraus

[53] Was ja § 131 HGB deshalb auch unterlassen hat.

[54] Staub-Pinner, Bd. I, § 133 HGB N. 18b.

[55] Durrer, p. 38/39.

[56] Becker, Art. 545 N. 9; Siegwart, Art. 530 N. 18; Hartmann, Art. 574 N. 9.

wäre zu entnehmen, daß es auf den Gegenstand des Unternehmens ankomme. — Aber bei der AG nennt Art. 626 OR als notwendigen Inhalt der Statuten «Gegenstand und Zweck des Unternehmens». Beide scheinen also gemeinsam den Gesellschaftszweck auszumachen. — Auch Siegwart spricht sich zu dieser Frage in den Bemerkungen zu Art. 545 Ziff. 1 OR nicht aus. Hingegen bemerkt er zu Art. 530, der Ausdruck Gesellschaftszweck werde nicht immer im gleichen Sinne verwendet, bald werden auch die Mittel mit «in den Zweck hineingezogen», bald werde «der Schwerpunkt auf die andere Seite verlegt und der sogenannte Gesellschaftszweck nur als Mittel zum Endzweck, nämlich zur Förderung der individuellen Interessen der Gesellschaft angesehen». — Hartmann weicht der Frage, was unter Gesellschaftszweck zu verstehen sei, ganz aus.

Um so mehr empfiehlt es sich, schon im Gesellschaftsvertrag die Anpassung des Zweckes, insbesondere bei Störungen in der Beitragsleistung in angemessener Weise — wenn auch durch allgemeine Weisungen, wie z. B. Mehrheitsbeschlüsse — vorzusehen. — Treffend bemerkt Siegwart[57], daß auf dem Wege allmählich durchgeführter Zweckergänzungen und -änderungen vielfach der Auflösungsgrund des Art. 545 Ziff. 1 OR vermieden werden kann.

Allerdings sollte, wie das Art. 648II OR für die AG gesetzlich vorsieht, den an den Störungen der Beitragsleistung nicht schuldigen Gesellschaftern — andere Fälle gehören nicht in den Rahmen dieser Betrachtungen — ein Austrittsrecht schon vertraglich gewährt werden, unabhängig von den Voraussetzungen einer Kündigung. Die Aufzwingung einer Zweckänderung durch Mehrheitsbeschluß wäre einem an der Notwendigkeit derselben nicht schuldigen Gesellschafter gegenüber

[57] Siegwart, Art. 545—47 N. 2.

zumindest nicht weniger stoßend als bei der AG. Es darf sogar noch mehr verlangt werden, nämlich, daß die verbleibenden Gesellschafter den Ausscheidenden von der sonst fortdauernden Haftung für die Gesellschafter durch interne Schuldübernahme befreien [58].

Bei der einfachen Gesellschaft ist zwar auch eine solche Ausscheidung ein Auflösungsgrund (OR 545), doch kann die Gesellschaft ohne Liquidation rekonstituiert und der Ausscheidende abgefunden werden [59].

§ 27

SONSTIGE VERTRAGSBESTIMMUNGEN

I. AUSTRITTSORDNUNG

Auch das Austrittsrecht sollte im Gesellschaftsvertrag geregelt werden. Von Gesetzes wegen ist nämlich dieses Recht, wie bereits dargelegt wurde [60], nur in Form der Kündigung oder bei Vorliegen von wichtigen Gründen, z. B. Zweckänderung, eingeräumt. Ueber die letzteren muß der Richter befinden und zwar — falls vertraglich nicht geordnet [61] — nach seinem freien Ermessen. Zudem ist Austritt ein Auflösungs-

[58] Ausführlich darüber: Durrer, p. 92/93.

[59] Wieland, p. 718; Siegwart, Art. 547 N. 46. Ueber die Rechtsstellung des Ausscheidenden vgl. auch Wiki, p. 49.

[60] Vgl. hiezu: p. 139 f. oben.

[61] Vgl. hiezu: p. 175 insbes. N. 45 oben.

grund; bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft kann die Auflösung zwar durch Uebereinkommen der Gesellschafter vermieden werden (OR 576, 619), wozu aber auch die Zustimmung des Ausscheidenden nötig ist.

Das Gesetz verlangt für das Fortbestehen der Gesellschaft an Stelle der Auflösung eine vertragliche Abmachung. Um aber im entscheidenden Augenblick nicht von der Zustimmung des Ausscheidenden abhängig zu sein, ist zu empfehlen, eine Fortsetzungsvereinbarung für den Fall des Austritts oder anderweitigen Ausscheidens eines Gesellschafters schon im Gesellschaftsvertrag vorzusehen. — Ferner genügt das an eine Kündigungsfrist gebundene Austrittsrecht nicht immer; in vielen Fällen ist sofortiger Austritt notwendig. Im Falle von Störungen in der Beitragsleistung des einen will z. B. ein anderer Gesellschafter durch sofortigen Austritt die Möglichkeit haben, ein eigenes Geschäft aufzumachen und nicht weiter an das Konkurrenzverbot gebunden zu sein [62].

Was die wichtigen Gründe betrifft, die einen richterlichen Ausschließungsgrund bilden (OR 577), kann der Vertrag ausdrücklich vorsehen, daß der Ausschluß schon mit einem einstimmigen Beschluß (ohne Mitwirkung des Auszuschließenden!) oder mit Mehrheitsbeschluß perfekt wird. Der Rechtsweg gegen den Gesellschaftsbeschluß bleibt zwar offen, aber ein solcher Gesellschaftsbeschluß dürfte auf den Entschluß des Betroffenen, das Prozeßrisiko auf sich zu nehmen, eher abschreckend einwirken [63].

Noch vorteilhafter wäre es, im Gesellschaftsvertrag an Stelle des ordentlichen Richters für solche Fälle ein Schiedsgericht vorzusehen. Nach der heute übereinstimmenden Meinung der deutschen und schweizerischen Doktrin und Praxis

[62] Rosenberg, p. 26 ff.; Siegwart, Art. 545/47 N. 44/45; Art. 576 N. 1/2.

[63] Siegwart, Art. 577 N. 5; Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, § 140 N. 15.

kann ein Schiedsgericht ein gültiges Gestaltungsurteil fällen, wenn es sich um ein Rechtsverhältnis handelt, das der freien Verfügung der Parteien untersteht [64]. — Auch die Wirkungen des Ausscheidens, z. B. die Art der Abfindung, können schon im Gesellschaftsvertrag geordnet werden.

II. SCHIEDSGERICHT

Da Prozesse geeignet sind, das Gemeinschaftsleben zu untergraben und aufs schwerste zu erschüttern, empfiehlt es sich besonders bei Personengesellschaften, die vertraglichen Streitigkeiten einem im Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Schiedsgericht zur Entscheidung zu übertragen. Wo das Gesetz vom «Urteil des Richters» spricht (z. B. in OR 545 Ziff. 7), sind diese Worte nicht ausschließlich auf den staatlichen Prozeßrichter gemünzt. Der Mangel einer näheren Kennzeichnung gestattet vielmehr, darunter auch den im schiedsrichterlichen Verfahren ergehenden Schiedsspruch zu verstehen, dem die Zivilprozeßordnungen unter den Parteien die Wirkung eines gerichtlichen Urteils beimessen [65].

Wie wichtig der Gesetzgeber fachliche Schiedsgerichte nimmt, ist daraus ersichtlich, daß solche in einer Anzahl von Fällen schon ex lege eingesetzt sind, wie z. B. zur Beurteilung von Streitigkeiten zwischen Krankenkassen und Aerzten oder Apothekern (BG vom 13. 6. 1911), von Streitigkeiten aus dem

[64] BGE 69 II 118 als Beispiel dafür, daß der Entscheid über die richterliche Ausschließung aus wichtigen Gründen einem Schiedsgericht überlassen werden kann.

[65] Hartmann, Art. 554 N. 18; Art. 574 N. 27; Bl.f.ZR Bd. 16, p. 10; Bd. 32, p. 93; Düringer-Hachenburg, Bd. II/2, § 133 N. 4. Dazu auch: BZPO Art. 396I.

Lehrvertrag (Bern. Gesetz v. 15. 3. 1905). Der Kt. St. Gallen kennt ein Stickereifachgericht (St. Gall. ZPO, Art. 30).

Wie bereits ausgeführt [66], können überall dort, wo «es sich um interne Beziehungen unter den Gesellschaftern handelt, bei deren Gestaltung sie freie Hand haben» [67], Schiedsrichter an Stelle ordentlicher Richter entscheiden. Das Bundesgericht anerkannte, daß ein Schiedsgericht auch ein Gestaltungsurteil fällen könne; es handelte sich hier um eine Auslegung des Art. 577 OR [68]. — Grundsätzlich können alle Streitigkeiten unter den Gesellschaftern dem Schiedsgericht unterstellt werden oder nur bestimmte Fälle.

Gerade in Fällen von Beitragssäumigkeit können Schiedsrichter als kaufmännische Fachleute viel besser als der ordentliche Richter die notwendigen Vertragsanpassungen vornehmen. Es empfiehlt sich deshalb, in jeden Gesellschaftsvertrag eine Schiedsklausel aufzunehmen [69].

[66] Vgl. hiezu: p. 174 oben.

[67] Hartmann, Art. 577 N. 4.

[68] BGE 69 II 118; ferner auch AG, Bd. 16, p. 36: Vom Standpunkt des Bundesrechtes aus steht der Ausschließung eines Kollektivgesellschafters durch Urteil eines privaten Schiedsgerichts nichts entgegen.

[69] Sehr schöne Ausführungen zum ganzen Problem bei: Sulzer, Die Schiedsgerichtsbarkeit in Geschäfts- und Organisationsbeziehungen schweizerischer Unternehmungen, Zürich, 1940.

SCHLUSSWORT

Die Obligation wird eingegangen, um durch Erfüllung gelöst zu werden (solutio). Das Gesetz begünstigt die Lösung wegen der darin liegenden Entlastung des Schuldners u. a. auch dadurch, daß hiefür keine besondere Form gefordert wird, selbst wenn die Begründung des Rechtsverhältnisses von den Parteien oder vom Gesetz an eine bestimmte Form geknüpft ist (OR 115, BGE 44 II 61).

Anders liegt der Fall bei der Gesellschaft. Sie ist ein Gemeinschafts- und ein Dauerverhältnis. An der Erhaltung einer Gesellschaft und ihrer Unternehmungen hat ein größerer Kreis von Personen Interesse, selbst wenn Ereignisse eintreten, die sonst zerstörend wirken müßten. Nicht nur um des Unternehmens und der Beteiligten willen versucht man, die Auflösung der Gesellschaft möglichst zu vermeiden, sondern auch zum Schutz zahlreicher Interessen Dritter, die sich an das Unternehmen knüpfen. Die Gesellschafter haben zu gewärtigen, daß die Aktiven durch die Liquidation in der Regel weitgehend entwertet werden. Die Beziehungen zur Kundschaft, den Lieferanten, Banken werden gelöst, die Warenzeichen gehen verloren. Darüber hinaus sind Mitarbeiter, Gläubiger und Schuldner an der Erhaltung der Gesellschaft vielfach interessiert.

Störungen in der Erfüllung der Beitrags- bzw. Einlagepflicht sollen daher nicht unter allen Umständen die Auflösung der Gesellschaft bewirken. Auch das unverschuldete Unmöglichwerden der Beitragsleistung entbindet den Gesellschafter bloß von der vertraglichen Erfüllungspflicht, ohne ihn im übrigen von den gesellschaftlichen Bindungen zu befreien. Ein Erlöschen dieser Bindungen ist im allgemeinen erst dann

gegeben, wenn die Störungen in der Beitragsleistung zugleich die Zweckerreichung verunmöglichen.

Der gleichen Tendenz, die Erhaltung der Handelsgesellschaften zu schützen, entspringt die Zulässigkeit von Vereinbarungen, daß trotz freiwilligem oder erzwungenem Ausscheiden eines Teilhabers die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen soll (OR 576). Allerdings wird das Fortbestehen bei Ausscheiden einzelner Teilhaber nicht von Gesetzes wegen geordnet, obwohl dies wünschbar wäre. Es bedarf vielmehr einer besondern Vereinbarung der Gesellschafter, um im Einzelfalle die Zerstörung zu verhindern. Ja der Ausscheidende muß sogar dieser Abmachung zustimmen.

Daraus erhellt die besondere Wichtigkeit einer sachgemäßen Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages, um die empfindlichen Lücken des Gesetzes zu schließen; nicht weniger auch angesichts der zahlreichen Kontroversen über die Auslegungen der einzelnen Textbestimmungen. Deshalb wurde auch dieser Vertragsgestaltung in einem speziellen letzten Kapitel besondere Aufmerksamkeit gewidmet.